

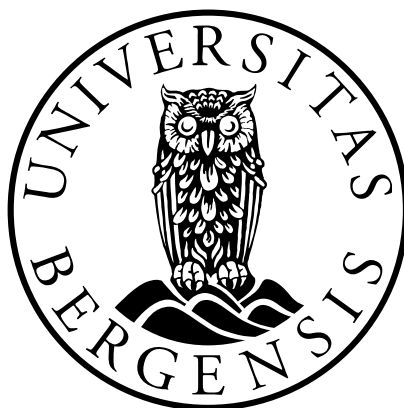
Advokaters uavhengighet og salærberegning

Kandidatnummer: 192396

Veileder: Morten Kinander

Antall ord: 14989

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes
ikke.)*



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

02.06.2014

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING.....	3
1.2	OM KILDER OG METODE	6
1.3	VEIEN VIDERE.....	7
2	HOVEDDEL.....	9
2.1	UTGANGSPUNKTER	9
2.1.1	OM ADVOKATYRKET.....	9
2.1.2	HVA BETYR DET Å VÆRE UAVHENGIG?.....	13
2.1.3	INTERESSEKONFLIKT OG UAVHENGIGHET	14
2.1.4	ULIKE FREMSTILLINGER AV UAVHENGIGHETSPRINSIPPET	16
2.1.5	HVILKE REGLER GJELDER?	22
2.2	SKJØNNMESSIG OG TIDS-BASERT SALÆR	26
2.3	BETINGET AV SAKEN UTFALL	32
2.3.1	UTGANGSPUNKTER	32
2.3.2	PROSENT- ELLER ANDELS-BASERTE SALÆR.....	34
2.3.3	CONDITIONAL FEE AGREEMENTS.....	42
2.3.4	AVTALE OM FORHANDLING OM BONUS.....	49
2.4	OPPDRAK TIL FAST PRIS	55
2.4.1	PÅ FORHÅND FASTSATT PRIS	56
2.4.2	RETTSHJELPSFORSIKRING.....	63
3	KONKLUSJON	67
	Litteraturliste	69

1 INNLEDNING

1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING

Den 6.mars 2013 innledet Advokatlovutvalget arbeidet. Utvalgets mandat er å foreta en bred gjennomgang av gjeldende regelverk for advokater.

Arbeidet, som kan resultere i en advokatlov, er betimelig i lys av de siste årenes debatter om advokaters rolle i samfunnet. Rekkevidden av advokaters taushetsplikt i relasjon til skatte- og avgiftskriminalitet, organisering av advokatvirksomhet og prising av advokattjenester, er eksempler på spørsmål som har blitt gjenstand for offentlig debatt.¹ Disse spørsmålene er tett forbundet med prinsippet om advokaters uavhengighet.

Fundamentet for en demokratisk rettsstat er at konflikter løses innenfor trygge rettslige rammer. Advokater spiller i denne sammenhengen en sentral rolle som representanter og rådgivere i rettssystemet. De advokatetiske reglene er illustrerende for forventningene til advokatrollen: *"å fremme rett og hindre urett"* jfr. §1.2. ² En forutsetning for at advokaten kan utføre disse oppgavene, er uavhengighet fra maktbaser og interessekonflikter. Slik blir uavhengighet et helt grunnleggende hensyn – for advokaten selv, men også for samfunnet.

Advokaters uavhengighet vil dermed danne bakteppet for mye av advokatlovutvalgets arbeid. Spørsmål som hvem som i fremtiden skal ha disiplinærmakt over norske advokater – staten eller standen selv, og hvordan man skal kunne organisere advokatsamarbeid, er spørsmål

¹ Forslag om unntak i advokaters taushetsplikt på skatte- og avgiftsområdet ligger til behandling hos departementet etter avsluttet høringsrunde.

² Dette er også juristenes eksamensløfte (Føllesdal, 2007, p. 32)

utvalget må se på. Et annet viktig spørsmål med betydning for advokatens uavhengighet er hvordan advokater skal kunne beregne salær.

Det er en grunnleggende motsetning mellom advokatens interesse i betaling fra klienten, og klientens interesse i en objektiv og uhildet rådgiver. Begrensninger på hvordan advokaten kan beregne salær blir derfor en måte å sikre *kvaliteten* på advokatens arbeid, og hindre ham i å prioritere egne økonomiske interesser. Slik kan reglene om salærberegning begrunnes i hensynet til advokatens uavhengighet. Det finnes andre hensyn også, men begrunnelsen i relasjon til klient er den viktigste.³

Problemstillinger knyttet til uavhengighet og salærberegningsmodeller har ikke blitt levnet mye oppmerksomhet. Om situasjonen i Storbritannia uttaler Boon & Levin at

“... remarkably little attention has been given to fees in texts on legal ethics other than in relation to the perennial debate over contingency fees”⁴.

Denne påstanden er så vidt jeg kan se like gyldig i Norge. Dette er bemerkelsesverdig av to grunner. For det første er problemstillingen praktisk viktig. I følge den offentlige disiplinærnemndens årsberetning for 2013 gjaldt ca. 50%, (73 av 147), av realitets-behandlede saker, klager over advokatens salær.⁵ Det er dessuten sannsynlig at problemet er større enn det disse tallene tilsier. Dette fordi legmann i praksis vil ha vanskeligheter med å kontrollere og vurdere advokatens arbeid, og fordi profesjonelle

³ Tidligere Regjeringsadvokat Kristen Johannessen: “Her tales det op ad vegger ned ad stolper om at sakførerens første plikt er å virke for rett og rettferdighet”... For noget sludder, Mine Herrer! Sakførerens første og største opgave er å vinne sin klients sak. Det er det han betaales for!” (Halvorsen, 1984, p. 263)

⁴ (Boon & Levin, 2008, p. 240)

⁵ (Disiplinærnemndens årsberetning, 2014)

klienter vil foretrekke å forhandle med advokaten i stedet for å bruke disiplinærnemndene.

For det andre er den manglende oppmerksomheten bemerkelsesverdig på grunn av utviklingen av advokatyrrket. Standen har gjennomgått en markant kommersialisering som har gjort, i hvert fall deler av standen, "*likere*" andre næringer i relasjon til krav og forventninger til inntjening og marginer.⁶ Denne utviklingen øver press på eksisterende oppfatninger om advokatens rettigheter og plikter.⁷

Norske advokaters yrkesutøvelse reguleres i all hovedsak av Reglene for God Advokatskikk, (RGA) som utarbeides av Den Norske Advokatforening. RGA inneholder regler om hvordan advokaten kan godtgjøres for sine tjenester. Denne avhandlingen vil *analysere hvordan ulike måter å beregne salær påvirker advokatens uavhengighet*, og vurdere regelverkets hensiktsmessighet i lys av dette.

Spørsmålet om hvordan advokaten påvirkes av incentiver skapt av forskjellige måter å beregne salær, har en side til spørsmålet om hvordan finansiere borgernes rettshjelpsbehov. Det å sikre kvaliteten på juridiske tjenester, og det å sørge for at borgerne har praktisk tilgang til rettssystemet, vil tidvis stå i et motsetningsforhold. Jeg reiser også spørsmål ved om regelverket er hensiktsmessig for den delen av advokatbransjen som har vokst frem for å støtte næringslivets behov.

⁶ (Espeli, Rinde, & Næss, 2008, p. 399)

⁷ (Krefting, 2006, p. 111)

1.2 OM KILDER OG METODE

Problemstillingen *hvordan prinsippet om advokaters uavhengighet påvirkes av ulike salærberegningsmodeller* hører i utgangspunktet under fagområdet advokatrett – altså spørsmål vedrørende *advokater* regulert av *rettsregler*.

Domstoloven (Dl.) inneholder enkelte regler om advokater i §§220 flg.⁸ Loven gir regler om hvilke rammer advokatvirksomhet skal drives innenfor, som for eksempel vilkårene for å få advokatbevilling. Domstoloven sier lite om *hvordan* advokatvirksomhet skal utøves, og Dl. §224 henviser til RGA for "*nærmere regler for hva som skal anses som god advokatskikk*" jfr. (2).

Reglene for god advokatskikk er derfor den primære kilden i spørsmål om utøvelse av advokatvirksomhet, i tillegg til disiplinærorganenes avgjørelser basert på RGA.⁹ Reglene er rettsliggjort gjennom advokatforskriften (Forskrift nr.1161/1996), men skiller seg fra andre forskrifter ved at reglene foreskriver etiske vurderinger. Reglene er følgelig ikke rettsregler som prøves av domstolene, jfr. Rt-2000-1948.¹⁰ Til tross for denne distinksjonen vil jeg omtale og behandle RGA innenfor juridiske rammer.

De etiske reglene gir hovedsakelig kun generelle utgangspunkter som gir lite veiledning i innholdet i uavhengighetsprinsippet. I RGA §2.1.2. (1) heter det for eksempel at advokaten ikke må "*påta seg oppdrag*" som kan true hans "*frie og uavhengige stilling*".

Ettersom det nødvendigvis vil dannes oppfatninger om forståelsen av reglene kunne man forvente at disiplinærorganene skulle gi bidrag til

⁸ Lov 13.august 1915 nr.5 om domstolene

⁹ *Tilsyns- og disiplinærsystemet er komplekst og uoversiktlig. I grove trekk ligger disiplinærmyndigheten til ett offentlig organ som er klageinstans for Advokat-foreningens egne regionale disiplinærutvalg.*

¹⁰ (Tidsskrift for forretningsjus, Moljord, 2011, p. 8)

forståelsen av regelverket gjennom sakene de behandler. Disiplinærorganene begir seg imidlertid sjelden inn på generelle tolkninger.

For spørsmål om salærberegning kan disiplinærorganenes manglende bidrag forklares med at de såkalte forretningsadvokater, dvs. advokater som hovedsakelig selger sine tjenester til næringslivet, nærmest aldri blir klaget inn. Det er disse advokatene som først og fremst har ressursene og foranledningen til å eksperimentere med ulike salærberegningsmodeller. Nemndene får dermed sjelden anledning til å vurdere spørsmål knyttet til salærberegning og uavhengighet.

Denne mangelen på autoritative kilder gjør at avhandlingen primært baserer seg på norsk og utenlandsk litteratur. Særlig danske Mads Bryde Andersen med fremstillingen "Advokatretten" bør nevnes. For salærberegning spesielt gir Advokatforeningens etikkutvalg også bidrag.

For å danne meg et inntrykk av praksis har jeg intervjuet åtte advokater i åtte forskjellige advokatfirmaer i Oslo. I intervjuene ble advokatene bedt om å besvare standardiserte spørsmål om bruken av ulike salærberegningsmodeller som presenteres i forbindelse med de respektive modeller. Tallmaterialet kan åpenbart ikke betegnes som representativt, men gir en viss indikasjon på hva praksis er.

1.3 VEIEN VIDERE

Avhandlingen er strukturert slik at jeg i første del kartlegger uavhengighetsprinsippet og det etiske regelverket. Ordet "uavhengighet" er et positivt ladet ord, men det er også tvetydig. Konseptet interessekonflikt presenteres som det uavhengighetsprinsippet egentlig handler om, i tillegg til to forfatteres systematiseringer av innholdet i uavhengighetsprinsippet.

De etiske reglene som har *generell* betydning for avhandlingens tema presenteres avslutningsvis.

I avhandlingens andre del anvender jeg utgangspunktene fra første del på ulike salærberegningsmodeller. Spørsmålet om hvordan ulike salærberegningsmodeller påvirker advokatens uavhengighet danner også basis for problematisering av regelverkets hensiktsmessighet.

Jeg konkluderer i avhandlingen med at perspektivet på salærberegning og advokaters uavhengighet bør bli mer pragmatisk. I denne forbindelse konkluderer jeg i avhandlingen med at det bør innføres ulike regler for ulike advokatroller. Særlig har forretningsadvokaten beveget seg vekk fra den tradisjonelle advokatrollen som de etiske reglene er fundert på.

2 HOVEDDEL

2.1 UTGANGSPUNKTER

2.1.1 OM ADVOKATYRKET

Ordet advokat stammer fra latin *advocātus* som betyr *en som er kalt til hjelp*, fra verbet *advocō* som betyr *å tilkalle*.¹¹ Ordets opprinnelse illustrerer at advokatens grunnleggende oppgave i utgangspunktet er nokså basal. Oppgaven å gi bistand, som rådgiver eller talerør, er tilnærmet tidløs.¹²

I den grad advokatrollen forbindes med det å besitte *juridisk* kunnskap, og ikke kun partsrepresentantrollen, synes det likevel å være konsensus om at yrkets opprinnelse er i gresk og romersk kultur.¹³ I Danmark-Norge kom den første reguleringen av advokatens stilling med Advokatforordningen i 1638.¹⁴ Advokater, eller prokuratorer, hadde på dette tidspunktet eksistert i riket lenge. Jobben som lovkyndig tjenestetilbyder kom trolig til Norge parallelt med resepsjonen av romersk rett fra 1200-tallet.¹⁵

Historisk har advokatene ofte blitt beskyldt for prioritere egen vinning på bekostning av klienten. Prokuratorforordningen av 1638 var blant annet motivert av slike antakelser: forordningen tok ikke bare for seg prokuratorer, men også "*fordrukne præster, ærerørige dommere og krybskytter*".¹⁶

¹¹ (Wilhelmsen & Woxholth, 2003)

¹² (Sunde, 2005, p. 211)

¹³ (Bryde Andersen, 2005, pp. 124-126; Sunde, 2005, p. 212)

¹⁴ (Halvorsen, 2006)

¹⁵ (Sunde, 2005, pp. 211-212)

¹⁶ (Bryde Andersen, 2005, p. 127)

Selv om advokatene hadde dårlig rykte ble ikke yrket forbudt. Forordningen i 1683 innførte i stedet en rekke regler, rettigheter og plikter. Blant annet ble møterettsmonopolet innført for å ha kontroll på advokatene, og de fikk bare anledning til å drive sin virksomhet i byene. Disse reglene bidro til å legge grunnlaget for advokatstanden, det vil si en akseptert og lovbeskyttet yrkesgruppe. Standen var neppe vel ansett, men en man ikke kunne unnvære.¹⁷

Etter at det på 1700-tallet ble innført kompetansekrav for dommere og advokater, begynte kvaliteten på advokater og dommere å heves.¹⁸ Dette bidro til at synet på advokater bedret seg. Bjørnsons nedsabling på slutten av 1800-tallet er likevel symptomatisk på oppfatningen av advokater helt opp til moderne tid:

*"... hvad jeg har hørt om Sagføreres Griskhed, naar det gik godt, og deres Ubarmhjertighed, naar det gik ilde ..."*¹⁹

Sitatet gir uttrykk for advokatenes angivelige tilbøyelighet til å utnytte klientene. Årsakene til denne oppfatningen, som langt fra er et særnorsk fenomen, er nok mangslungne. Advokater er, som andre, produkter av det samfunn og den tid de virker i. Det er neppe tvil om at det har vært advokater som har utnyttet sin kunnskap og posisjon, men det er ikke gitt at advokater var verre enn for eksempel dommere eller andre i maktposisjoner.

Når det gjelder uavhengigheten knyttet Prokuratorforordningen advokatene tett til statsmakten. Datidens advokater var følgelig ikke

¹⁷ (Wilhelmsen & Woxholth, 2003, p. 28)

¹⁸ (Jørn Ø. Sunde i Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge, 2009, pp. 322-343)

¹⁹ (Halvorsen & Den Norske advokatforening, 1983, pp. 74-77)

uavhengige som sådan. Et slikt begrep gir for øvrig liten mening i et samfunn basert på kongelig enevelde, uten maktfordeling.

Uavhengighet vokste frem på 1800-tallet. Dette var liberalismens tidsalder, og frihet fra statlig styring var et ideal. Fra 1848 ble ikke advokatene utnevnt av staten.²⁰ Gjennom denne overgangen ble advokatstanden en privat næring og – i takt med tiden – et såkalt ”liberalt erverv”. Betegnelsen demonstrerte yrkets opprinnelse utenfor staten i motsetning til embedsmennene, men også at utøverne hadde et samfunnsansvar utover den konkrete klient. Advokater er ikke alene om denne statusen, eksempler på andre frie yrker er revisorer, prester og leger. Denne idéhistoriske bakgrunnen for advokatrollen, særlig påvirket av fransk tradisjon, fikk konsekvenser for hva som passet seg for yrkesutøveren:

*”Det er denne tradisjon og ideologi som har vært bestemmende for kravene til advokatens uavhengighet slik det i dag er utformet i de etiske regler – ikke bare i Norge, men i hele den vesterlandske kulturkrets.”*²¹

Denne historiske bakgrunnen er godt synlig i RGA.²² For eksempel følger det av §1.3. at advokaten skal ”opptre saklig og korrekt”, og unngå å opptre på en måte som kan skade ”standens og yrkets anseelse”. Den etiske bevisstheten bidro positivt til kvaliteten på advokatene. Parallelt skjedde utviklingen fra jordbrukssamfunn til industrisamfunn, hvilket økte behovet og aksepten for juridisk kunnskap. Advokater gikk i takt med dette fra utbyttere til samfunnsbyggere.²³

²⁰ (Halvorsen, 2006, p. 38)

²¹ (Halvorsen, 1984, p. 126)

²² *Advokatforeningens regler for god advokatskikk kom i 1946. Foreningen hadde imidlertid lenge hatt ordninger med selvjustis:* (Austdal & Smith, 2012, p. 114)

²³ (Wilhelmsen & Woxholth, 2003, pp. 30-31)

Selv om kjernen i uavhengighetstenkningen på 1800-tallet handlet om frihet fra statlig instruksjon og kontroll, omfatter prinsippet langt mer. Advokatens rolle er å ivareta klientenes interesser. Rådgivningsoppgaven forutsetter at klienten kan ha tillit til advokatens råd. Dersom advokaten har interesser, generelt eller i den konkrete sak, som er kryssende med klientens, kan det få betydning for arbeidet advokaten nedlegger.

Eksempler på uvedkommende hensyn kan være advokatens frykt for represalier fra myndigheter om han påtar seg visse oppdrag. Det kan også være forhold ved advokaten selv, slik som et ønske om profitt – et ønske som kan bli sterkere om advokaten sliter med dårlig økonomi. Siden 1800-tallet har nok sistnevnte typetilfelle blitt viktigere i praksis, uten at oppmerksomheten nødvendigvis har skiftet tilsvarende.²⁴ I NOU 2002:18 s.61 forklares uavhengighetsprinsippet som følger:

“Kravet til uavhengighet er primært forankret i hensynet til klientene, men det er også forankret i hensynet til advokatenes tradisjonelle rolle i rettspleien. Uavhengighetsprinsippet skal ivareta krav til tjenestenes kvalitet og advokatens integritet.”

Sitatet fra utredningen viser også forventningene *samfunnet* stiller til advokatstanden. Advokaten skal altså ivareta klientens interesser, men skal samtidig opprettholde troverdighet som en aktør i rettssystemet.

Dette plasserer advokaten i et krysspress mellom klientens forventninger på den ene siden og samfunnets forventninger på den andre. Advokaten skal gi objektive råd, men subjektivt formidle klientens synspunkter, samtidig som han skal tjene sannhet og rettferdighet. I tillegg til dette har

²⁴ (Sogn, 2005)

advokaten sin egen virksomhet å tenke på, herunder eventuelle kolleger og ansatte.

2.1.2 HVA BETYR DET Å VÆRE UAVHENGIG?

Ordet “uavhengighet” er det naturlig å forstå som noe som er upåvirket av andre eller annet. Dette noe, som ikke blir påvirket av ytre faktorer, eksisterer eller fungerer da annerledes enn om de ytre faktorene hadde fått virke.

Ingen mennesker kan være fullstendig uavhengige fra sine omgivelser ut fra denne forståelsen av ordet. Å omtale en advokat som uavhengig, eller bruke uavhengighet som en målsetning, er ikke oppnåelig, med mindre uavhengighet defineres annerledes, for eksempel uavhengig fra en nærmere avgrenset krets omstendigheter og forhold. Thomas Hobbes definerte for eksempel “frihet” som fravær av hindringer på evnen til å handle som ikke er iboende omgivelsene eller subjektet selv.²⁵ Slik må også “advokatuavhengighet” defineres som frihet fra faktorer som advokaten har kontroll over for at det skal være praktikabelt.

I (ADA-1999-D1) uttaler disiplinærutvalget:

“Det er et viktig prinsipp at advokaten i enhver oppdragssituasjon er uavhengig, slik at advokatens råd og handlinger ikke påvirkes av uvedkommende hensyn.”

En slik formulering av uavhengighetskravet, “uavhengig i enhver oppdragssituasjon”, bidrar til å tåkelegge hvilke forventninger klienten og samfunnet kan ha til advokaten. Disiplinærutvalget mener nok ikke at

²⁵ (Hobbes sitert i; Benn, 1988, p. 129 , “Liberty is the absence of all the impediments to action that are not contained in the nature and intrinsical quality of the agent ...”)

advokaten skal være uavhengig alt og alle. Målet og idealet er at advokaten skal være uavhengig interesser og hensyn som på en utilbørlig måte svekker hans integritet og evne til å være en rådgiver for sin klient.

Problemet er at når forventningene ikke presiseres blir det vanskeligere å forholde seg praktisk til spørsmålene. For å rekapitulere innholdet i prinsippet: Advokatens uavhengighet ivaretar klientenes interesse i at advokaten er i stand til å gi gode råd, og samfunnets interesse i en advokatstand som har tillit.

Disiplinærutvalget er samtidig inne på kjernen av uavhengighetsprinsippet, og hvordan det kan presiseres; nemlig *“påvirkes av uvedkommende hensyn”*. Det er de kryssende hensyn som fratar advokaten uavhengigheten, og som fører til at *“advokatens råd og handlinger”* ikke nødvendigvis får den kvalitet de kunne hatt. Spørsmålet blir dermed hvilke hensyn som er uvedkomne, og dernest hvordan man kan minimere eller nøytralisere virkningen de *kan* ha på advokaten.

2.1.3 INTERESSEKONFLIKT OG UAVHENGIGHET

De interesser som står i konflikt er på den ene siden hensyn som knytter seg til ivaretakelsen av klientens interesser, og på den andre siden hensyn som ikke gjør det. Interessekonflikt er en betegnelse på situasjonen der en person har til oppgave å ivareta flere kryssende hensyn som er innbyrdes mer eller mindre uforenlige.

Person X har en interessekonflikt hvis og bare hvis (1) X står i et forhold til en annen person Y som krever at X utøver skjønn på Ys vegne og (2) X

har en spesiell interesse som kan blande seg med den riktige utøvelsen av skjønnets i forholdet. ²⁶

Begrepet interessekonflikt betinger ikke at advokaten faktisk velger bort klientens interesser, det er tilstrekkelig at dilemmaet *oppstår*. Det er selve valgsituasjonen som gjør interessekonflikten reell, som en konsekvens av advokatens ansvar overfor klienten.

Dette har betydning for bruken av begrepet. Interessekonflikter *utarter* seg på det subjektive plan, i rådgiveren eller advokatens hode. *Betydningen* av interessekonflikter ligger imidlertid i hvordan situasjonen objektivt fremstår for omgivelsene. Interessekonflikt er et sentralt og voksende fokus for bransjer som selger rådgivningstjenester, fordi det er kritisk for å *kvalitetssikre* rådgivningen.

Interessekonflikter og uavhengighetsprinsippet er langt på vei to sider av samme sak. Når advokaten motiveres av egne økonomiske interesser i retning å nedprioritere arbeid for én klient til fordel for annet arbeid fordi salærberegningen er mer gunstig i sistnevnte tilfelle, representerer dette en interessekonflikt. Det er også en trussel mot advokatens uavhengighet som de etiske reglene forsøker å hegne om.

Uavhengighetsprinsippet og konseptet interessekonflikt overlapper likevel ikke fullstendig. Som nevnt innbefatter *uavhengighetsprinsippet* også visse krav og forventninger fra samfunnets side.

Samfunnets interesser kan best beskrives som en forventning om at advokaten respekterer visse rammer for sin advokatgjerning. For eksempel kan det være i klientens interesse at advokaten har økonomiske eller andre interesser i at saken får et, for klienten, heldig utfall. Samfunnet har

²⁶ (Norman & MacDonald, 2010)

imidlertid et behov for at advokaten ser på sin rolle som noe mer enn kun en partsrepresentant. Denne dobbelt-lojaliteten danner for eksempel bakgrunnen for at det i store deler av verden er forbudt å bruke prosent- eller andelsbasert salær:

“... there is both [a] conflict between the lawyer’s personal interest and his duty to his client, and conflict between the lawyer’s personal interest and his duty to the court.”²⁷

Det treparts-forholdet som skapes av denne doble lojaliteten er interessekonfliktbegrepet ikke egnet for.

Interessekonfliktbegrepet er likevel nyttig i relasjon til uavhengighetsprinsippet fordi det bidrar til å gi kravene til advokaten mer substans. Det gjør det dessuten enklere å skille mellom krav og forventninger fra klienter på den ene siden og samfunnet på den annen, selv om grensene her kan være flytende. I denne avhandlingen vil begrepet interessekonflikt benyttes som presisering av uavhengighetsprinsippet så langt det passer, og dersom det *ikke* passer, vil det presiseres.

2.1.4 ULIKE FREMSTILLINGER AV UAVHENGIGHETSPRINSIPPET

Når uavhengighetsprinsippet spaltes i ulike problemstillinger, er det vanlig å la det være avgjørende hvilket subjekt problemet knytter seg til. Dette fører gjerne til en tredeling; problemstillinger knyttet til *motparten*, til advokatens *klient*, og til sist i relasjon til *saken* som sådan.

Wilhelmsen og Woxholth benytter en slik inndeling, men med litt andre betegnelser; uavhengighet i relasjon til motpart, til tidligere klient, til egen økonomi, og til faglige krav; Dette kan illustreres med følgende:

²⁷ (Hollander & Salzedo, 2008, p. 3)

Dersom motparten i en sak har en familiær tilknytning til klientens advokat, utgjør det åpenbart en interessekonflikt. Måten advokaten fører saken på kan bli påvirket av de familiære båndene til motparten. En variant av dette disiplinæragjørelsen inntatt i U-bind VI 1993-616. Advokaten hadde handlet i strid med god advokatskikk når han påtok seg et oppdrag for en klient mot en *motpart* han selv var engasjert i en tvist mot.²⁸

En advokat bør unngå å påta seg oppdrag mot en *tidligere klient*. Begrunnelsen er at det kan være fristende å innrette arbeidet ut fra kunnskap om den tidligere klient. Problemet er vanskelig, særlig i større advokatfirmaer; I hvilken grad skal kunnskap én advokat sitter med, anses som noe de øvrige i firmaet må identifiseres med? Forholdet i ADA-2006-61 (Oslo Krets) var mer alvorlig: Advokaten som ble dømt hadde benyttet fortrolige dokumenter mot en tidligere klient.

Uavhengighet i relasjon til *faglige krav* vedrører forhold som medfører fare for at advokaten handler i strid med profesjonelle og etiske standarder. Dersom advokaten er i et ansettelsesforhold hvor han kan instrueres, mister han sin faglige uavhengighet. Overfor store og viktige klienter kan det være fristende å "strekke strikken" hva gjelder evne og vilje til å påta seg oppdrag. Av hensyn til advokatens uavhengighet, herunder også erstatningsansvaret forbundet med rollen som advokat, må advokaten ta hensyn til behovet for å kunne opptre med nødvendig distanse og autoritet.²⁹

De typeproblemene som er presentert så langt faller utenfor avhandlingens rammer. Temaet for denne avhandlingen faller systematisk etter Woxholth og Wilhelmsen sitt system under fanen *egen økonomi*. Det er to forhold som

²⁸ (Austdal & Smith, 2012, p. 159)

²⁹ (Wilhelmsen & Woxholth, 2003, pp. 53-54)

særlig bidrar til at dette er en praktisk og viktig kilde til spørsmål knyttet til advokaters uavhengighet.

For det første er det en konsekvens av den iboende interessekonflikten mellom advokat og klienten knyttet til det at advokaten selger en tjeneste. For advokaten vil salærberegningen skape ulike incentiver som kan få konsekvenser utover forholdet mellom advokat og klient. Dersom salæret avhenger av faktorer advokaten styrer, slik som omfanget av arbeid advokaten utfører, er dette en prosessdrivende salærberegningsmåte. Salæret vil øke proporsjonalt med mengden arbeid advokaten utfører for klienten. Dette er annerledes der salæret beror om utfallet av saken, noe som derimot kan motivere til å forsøke å påvirke utfallet.

Det andre forholdet skyldes den kommersielle utviklingen av advokatbransjen de senere år.³⁰ Fokuset på vekst og marginer har potensiale til å undergrave advokatens uavhengighet og integritet til skade for klientens og andre interesser, ikke minst fordi forskning viser:

“... how easy it is for ethical considerations to be sacrificed where practitioners face competing financial considerations.”³¹

Enkelte typer problemstillinger, forbundet med advokatens økonomi og salærberegning, faller likevel utenfor avhandlingens rammer:

Profesjonalisering av den delen av advokatbransjen som retter seg mot næringslivet, har frembåret en rekke store advokatfirmaer med sete i Oslo. Konkurransen kan være hard, både mellom firmaene, men også internt mellom kolleger.³² Ulike overskuddsmodeller, altså hvordan partnerne deler firmaets overskudd, skaper ulike incentiver som kan påvirke

³⁰ (Krefting, 2006, p. 111)

³¹ (Sampford & Parker, 1995, p. 14)

³² (Espeli et al., 2008, pp. 390-391)

advokaten i hans arbeid. Fordi disse incentivene er avledet av, men ikke direkte knytter seg til salærberegning overfor klient, faller problematikken utenfor avhandlingens rammer.

Under IT-bølgen rundt årtusenskiftet utviklet det seg en praksis hvor advokater tok seg betalt med aksjer i selskapene de bisto. Praksisen reiste problemer fordi advokaten får en interesse i hvordan verdien til klienten/selskapet utvikler seg. Dette foranlediget innføringen av et forbud i RGA §3.3.3. Slik honorering er nå i strid med god advokatskikk så fremt aksjene *"vil bli påvirket av resultatet i saken"*.³³ Honorering på andre måter enn monetært faller utenfor rammene til denne avhandlingen.

Et fundamentalt problem med interessekonflikter er at forskning viser at advokaten i praksis vil ha store vanskeligheter med å se og forstå problemstillingene.

*"There is reason to believe [based on empirical research] that individuals often cannot make good use of information about their own cognitive capacities and biases, even when such information can be made available."*³⁴

Advokaten vil altså ha vanskelig for å innse hvordan økonomiske behov påvirker valgene han foretar i arbeidet for klient. De fleste vil kunne erkjenne at incentiver som eksempelvis bonusordninger påvirker *generelt*, men vil ha vanskeligere for å akseptere at de selv blir påvirket. Dette øker behovet for oppmerksomhet rundt problemstillingene.

³³ (Aarseth, 2006, p. 280)

³⁴ (Norman & MacDonald, 2010)

Inndeling av uavhengighetsproblemstillinger slik Woxholth og Wilhelmsen gjør det kan være nyttig for oversikt, men er ikke egnet for dypere analyse. Det er særlig to grunner for dette:

For det første er kategoriseringen som regel ulik i forskjellige fremstillinger, og dessuten kan problemstillingene ofte plasseres under forskjellige faner. Det er for eksempel en nær forbindelse mellom uavhengighet i relasjon til *faglige krav* og *egen økonomi* i tilfellet der advokaten anstrenger seg for å tekkes en klient som står for en betydelig del av advokatens omsetning.

Den tredje grunnen er den viktigste: kategoriseringen bygger ikke på *hvorfor* uavhengighet er viktig i ulike typetilfeller. Klienten, hvis motpart advokaten har representert tidligere, vil trolig ikke se det som negativt at advokaten har kunnskap om motparten. I et slikt tilfelle må uavhengigheten begrunnes på annen måte enn i hensynet til klienten. En inndeling etter hva begrunnelsen for uavhengighetsplikten er bedre for analyseformål.

Mads B. Andersen har en annen tilnærming til problemet ved å skille mellom *integritetsregulering* og *interessekonflikter*. Skillet kan sies å bygge på at de forhold advokaten påvirkes av i sitt arbeid for klienten kan være vedkommende eller uvedkommende oppdraget, *sett fra klientens ståsted*. Når advokaten som lønnes på timesbasis gjør sitt beste for å vidløftiggjøre saken for å maksimere sitt utkomme av den, er dette noe som på alle måter står i opposisjon til klientens interesser. Slike motsetningsforhold kaller Andersen interessekonflikter.

Mangfoldet av omstendigheter og forhold som kan føre til "interessekonflikter" nødvendiggjør ytterligere oppdeling, i *interessekonflikter* og *interessekollisjoner*. En interessekollisjon betegner

interessemotsetninger av en fundamental og uunngåelig art som for eksempel at advokaten har interesse av å minimere arbeidsmengde og maksimere salæret. Dette er en interessemotsetning som må aksepteres, men uten å overses, og som må skilles fra *interessekonflikter* som knytter seg til konkrete forhold og hvor de motstående interessene er uforenlige.³⁵

I følge Andersen vil de interesser advokaten påvirkes av, være mer eller mindre tungtveiende, og i praksis vil det alltid være tale om gradbøyninger av begrepet interessekonflikt. Erkjennelsen av dette muliggjør, ved siden av erkjennelsen av at interessekonflikter generelt er uunngåelige, mer målrettede tiltak for å nøytralisere de *alvorligste* interessekonfliktene.

"Jo mere uafhængig advokaten er af parternes eller sine egne kortsigtede interesser, desto større sikkerhed vil der være for, at hans dispositioner i sagen vil være baseret på rent juridiske overvejelser, og jo mere sikres det dermed, at sagførselen kan foregå betryggende." ³⁶

Andersen skiller også mellom *egentlige* og *uegentlige* interessekonflikter. Avgjørende er hvorvidt advokaten *faktisk* opptrer i strid med klientens interesser eller ikke. Også Interessekonflikter som ikke faktisk oppstår har betydning som følge av noe Andersen kaller *appearance*. Det avgjørende – for klient og samfunnet for øvrig – er ikke hva advokaten faktisk påvirkes av, men hva omgivelsene *må tro*.³⁷

Integritetsregulering omfatter problemstillinger knyttet til advokatens uavhengighet som *ikke* knytter seg til forholdet mellom klienten og advokaten. Dersom advokatens salær beregnes på bakgrunn av utfallet av saken forenes advokatens og klientens interesser. Advokatens interesse,

³⁵ (Bryde Andersen, 2005, p. 402)

³⁶ (Bryde Andersen, 2005, p. 50)

³⁷ (Bryde Andersen, 2005, p. 421)

som kan motivere til å forsøke å på utilbørlig vis påvirke prosessen for domstolene, er ingen interessekonflikt etter Andersens terminologi; men det vedrører advokatens integritet. *Integritetsregulering* knytter seg således til rettssystemets interesser.

*"Reglerne om denne integritetsbeskyttelse har det overordnede formål at sikre advokaten mod en indflydelse af offentlige eller private interesser, der kan fastlåse ham i sit syn på sagens materie eller bringe ham under et personligt eller følelsesmæssigt pres, selv om advokaten set fra en umiddelbar betragtning netop herved var fuldt og helt fokuseret på klientens interesser."*³⁸

Integritetsreguleringen favner videre enn tilfeller der advokatens og klientens interesser er forent, men innenfor denne avhandlingens rammer, er dette det mest praktiske.

Andersens oppdeling i interessekonflikter og integritetsregulering gir et bedre verktøy for å forstå uavhengighetsprinsippet fordi det bygger på hva uavhengighet skal sikre, og ikke bare trekk ved situasjoner der advokatens uavhengighet trues.

2.1.5 HVILKE REGLER GJELDER?

Avtalefriheten er utgangspunktet når advokat og klient skal inngå en oppdragsavtale. Men hvorfor er det nødvendig å regulere på hvilke betingelser slike avtaler inngås?

Det etiske regelverket for advokater kan sees på som en motytelse for de privilegier advokatstanden har i samfunnet. Advokatene har for eksempel monopol på å tilby representasjon for domstolene, og inntil 1990-tallet

³⁸ (Bryde Andersen, 2005, p. 322)

også rettshjelpsmonopol.³⁹ Regelverket har altså betydning som en måte å forsvare og begrunne advokatstandens særstilling. Ubalansen i kunnskap om tjenesten advokaten tilbyr mellom advokat og klient krever også at førstnevnte yter omsorg for klienten:

*“The distinctive feature of ethics in a profession is that it speaks to the unequal encounter of two moral persons. Legal ethics ... becomes the study of what is good ... for this other person, over whom I have power.”*⁴⁰

Om klientens interesser skal ivaretas er det avgjørende at det finnes effektiv kontroll med risikoen for at advokaten utnytter klienten. For mange klienter er det praktisk umulig å kontrollere advokatens arbeid og salærberegning. Dette gjelder i mindre grad profesjonelle klienter som vil ha andre behov, ofte knyttet til forhold som fleksibilitet og forutsigbarhet.

Det er mulig å se for seg at domstolene påtok seg deler av en slik kontrolloppgave. Domstolene har gjennom adgangen til å tilkjenne sakskostnader mulighet til å *indirekte* påvirke salærnivåer. Etter Tvisteloven (tvL) §20-5 skal utmålingen dekke seirende parts *“nødvendige”* kostnader jfr. (1)⁴¹. Domstolene har imidlertid ikke kompetanse til å sensurere det privatrettslige avtaleforholdet mellom parten og prosessfullmektigen. I den grad domstolen avkorter salær oppgaven til dekning hos motparten, må klienten i utgangspunktet dekke det overskytende. Etter tvL §3-8 kan en part *“be om at retten fastsetter”* godtgjørelsen. Så lenge partene har avtalt løpende avregning eller annen

³⁹ (Espeli et al., 2008, p. 408)

⁴⁰ (Boon & Levin, 2008, p. 239)

⁴¹ Lov 31.mai 2005 nr.25 om mekling og rettergang i sivile tvister

avtale om salærberegningen, er det imidlertid usikkert i hvilken utstrekning domstolen kan se bort fra en slik avtale.⁴²

Regler for god advokatskikk punkt 2.1. gir utgangspunktene om advokaters uavhengige stilling. I RGA kapittel 3 er det gitt regler som retter seg spesifikt mot salærberegning. Formuleringen av uavhengighetsprinsippet i RGA §2.1.2. danner utgangspunktet:

"En advokat må ikke påta seg oppdrag hvor hans personlige økonomiske interesser kan komme i konflikt med klientens interesser eller ha innflytelse på hans frie og uavhengige stilling."

Det er to forhold å merke seg: dersom advokaten har interesser i forbindelse med et oppdrag som kan *"ha innflytelse"* på hans uavhengighet, må han frasi seg oppdraget, *selv om* interessene ikke er kryssende klientens. Alternativet *"eller ha innflytelse"* illustrerer dermed hvordan advokaten forventes å ivareta både den konkrete klientens interesser, men også bidra til å opprettholde tilliten til standen for øvrig.

Det andre forholdet er bruken av ordet *"kan"*. Ordlyden tilsier at det er tilstrekkelig at det er risiko for at en interessekonflikt kan oppstå – ikke at konflikten faktisk oppstår. Dermed rammer RGA §2.1.2. også tilfeller der advokatens interesser *tilsynelatende* er kryssende med klientens interesser.

Advokaten kan ha økonomiske interesser på forskjellige måter. Interesser som knytter seg til salær og salærberegning for det enkelte oppdrag utgjør åpenbart en hovedgruppe. Om salærberegning inneholder RGA flere regler, men den viktigste er §3.3.1. annet punktum hvor det står at:

⁴² (Tidsskrift for forretningsjus, Moljord, 2011, p. 6)

"Salæret skal stå i rimelig forhold til oppdraget og arbeidet som er utført av advokaten."

Denne regelen legger en viktig begrensning på advokaters salærberegning fordi den binder salæret til det arbeidet han faktisk utfører, altså et forholdsmessighetskrav. Regelen innebærer for eksempel at det selv uten spesialregelen som forbyr prosent- eller andelsbasert salær ville vært forbundet med usikkerhet å bruke denne salærberegningsformen fordi salæret da ikke er bundet til arbeidet som nedlegges.

Forbindelsen mellom RGA §3.3.1. og uavhengighetsprinsippet ligger ikke i dagen, men regelen må sees i lys av at den hindrer advokaten i å spekulere i saker han påtar seg. Dermed hindrer regelen ham i å opparbeide en økonomisk interesse i saken som ikke står i forhold til arbeidet han utfører.

Med bruken av ordet "*rimelig*" oppnår man fleksibilitet, men ikke klarhet. Ordet signaliserer en rettslig standard hvis anvendelse i en konkret sak fordrer en bred vurdering av en rekke forhold.

De viktigste faktorene i "*rimelig*"-vurderingen er naturlig nok mengden tid brukt og arbeidets kompleksitet. Advokatforeningens Salærveiledning, som også tar opp i seg disiplinærnemdenes avgjørelser, nevner imidlertid også faktorer som klientens betalingsevne, oppdragets resultat og hva slags verdier saken gjelder.⁴³

Denne fleksibiliteten kan være gunstig i lys av det store spennet i hva ulike advokater i Norge befatter seg med. Motargumentet er at den er så generell at den gir lite veiledning og forutberegnelighet. Det kan derfor spørres om det er grunn til å vurdere ulike regler for ulike deler av advokatbransjen.

⁴³ (Austdal & Smith, 2012, pp. 251-252)

De etiske reglene er resultat av en avveining mellom forskjellige hensyn og interesser. Hensynene som danner fundamentet kan endre seg over tid slik at også avveiningene og de etiske reglene må endres.⁴⁴ Å tillegge en bransjeorganisasjon ansvaret for å utforme regler som er bindende for alle utøvere av yrket eller profesjonen er ikke uten betenkeligheter. Dette gjør det nemlig mulig å:

*"... use such mechanisms to ban, and treat as unethical, those who are attempting to practice in new, more competitive, and perhaps more efficient ways."*⁴⁵

Når vi skal se nærmere på regelverket i lys av spesifikke salærberegningsmodeller er det nyttig å ha dette i bakhodet.

2.2 SKJØNNMESSIG OG TIDS-BASERT SALÆR

2.2.1. UTGANGSPUNKTER

Tidsdebitering utgjør norske advokaters alminnelige salærberegningsmetode. Ved tidsdebitering, eller tidsbasert salær, blir salæret et produkt av medgåtte timer multiplisert med advokatens timepris. Tidsdebitering ble introdusert på 1970-tallet, og var fra rundt 1990 den dominerende salærberegningsmåten. Før dette var salærberegning i stor grad basert på skjønn og tidsdebitering representerte en mer nøyaktig og etterprøvbar salærberegningsmodell.⁴⁶

⁴⁴ (Halvorsen, 1984, p. 264)

⁴⁵ (Sampford & Parker, 1995, p. 14)

⁴⁶ (Sogn, 2005, p. 185)

Tidsdebitering ble de første årene sett på med bekymring fordi man fryktet at modellen ikke ville belønne effektivitet og kompetanse.⁴⁷ En ekspert ville nødvendigvis bruke mindre tid enn en uerfaren advokat, og dermed ville salæret bli tilsvarende mindre. Dessuten fryktet man at klientene ville utnyttes.

Tidsdebitering kan fremstå som statisk fordi salærberegningsmetoden kun baseres på faktorene tid og timepris. I praksis brukes imidlertid mye skjønn ved den endelige salærfastsettelsen. Dette ble understreket av samtlige intervjuede advokater, men er trolig vanligere blant forretningsadvokater enn andre som må forholde seg til profesjonelle klienter. I takt med stadig høyere timepriser er det en tendens internasjonalt mot at store, profesjonelle klienter stadig oftere krever rabatter og avslag. Med ordene til en intervjuet advokat er det mulig at pendelen er i ferd med å svinge tilbake mot mer bruk av skjønn.⁴⁸

2.2.2. OM HVORDAN TIDSDEBITERING OG SKJØNNMESSIG SALÆRFASTSETTELSE PÅVIRKER UAVHENGIGHETEN

Gjennom å kunne definere sine behov har en kjøper av en tjeneste i utgangspunktet en viss kontroll med utgiften. Når salæret beregnes på grunnlag av tidsdebitering eller skjønnsmessig salærfastsettelse løsrives premissene for salærberegningen fra klientens kontroll. Det blir advokaten som, satt på spissen, bestemmer hva oppdraget krever av arbeid. Dette medfører at advokaten oppnår en viss uavhengighet i forholdet til klienten.

⁴⁷ (Halvorsen & Den Norske advokatforening, 1983, pp. 80-81)

⁴⁸ (Economist, 2014)

I Woxholth & Wilhelmsens system representerer imidlertid dette lett en problemforflytning fra advokatens *forhold til klient*, til advokatens forhold til *egen økonomi*. Dette gagnar advokaten, men ikke nødvendigvis klienten.

Det er kvaliteten på arbeidet advokaten utfører som bør være styrende for vurderingen av salærberegningsmodeller:

“The reasons for protecting attorneys’ independence can – as a matter of logic – not be understood as a concern wholly apart from attorneys’ obligation to serve their clients and society at large. By itself, a claim for independence is empty [...]”⁴⁹

Det er ingen empiriske bevis på at uavhengigheten advokaten får ved disse salærberegningsmetodene medfører at kvaliteten på arbeidet blir bedre. Om følelsen av å stå fritt med hensyn til tidsbruk skulle virke positivt på produktet som leveres, er det i hvert fall klienten som betaler prisen ved å tape kontrollen med kostnadene.

Maktforskyvningen i favør advokaten skaper risiko på en *annen* kant; advokatens prioritering av egne økonomiske interesser. Disiplinærnemndenes avgjørelser gir eksempler på overdreven timeføring, ikke-dokumenterbare timer og at timeprisen er forhøyet i forhold til hvem som har utført arbeidet.⁵⁰ For advokaten ligger muligheten i kontrollen over salærberegningen og at klienten ofte vil mangle kunnskap og evne til å vurdere advokatens arbeid og tidsbruk. Slik kan tidsdebitering sees på som å legge forholdene til rette for *egentlige* interessekonflikter hvor advokaten fremmer egne økonomiske interesser i strid med klientens interesser.

⁴⁹ (Ryssdal, 1995, p. 103)

⁵⁰ (Austdal & Smith, 2012, pp. 253-268)

De færreste advokater har interesse av å utnytte sin maktposisjon overfor klienten. Flertallet advokater har sterke incentiver til å vise omsorg for klientens interesser, ikke minst for å ivareta sitt gode navn og rykte. Misbruk avhenger av om advokaten motiveres av andre, utenforliggende faktorer, fortrinnsvis økonomiske.

De beveggrunner enkelte advokater vil ha for å utnytte sin klient kan selvsagt ikke fjernes gjennom valg av salærberegningsmåte. Men ulike salærberegningsmetoder gir advokatene ulike muligheter til å prioritere egne interesser over klientens, og i dette perspektivet fremstår ikke tidsdebitering og skjønnsmessig salærfastsettelse som ideelle.

Problemet kan imøtegås på ulike måter, for eksempel kan man, som enkelte advokater, fokusere på viktigheten av god advokatøkonomi.⁵¹ For klienter og samfunnet sin del fremstår det bedre å fokusere på å skape effektive regler og prosedyrer for å oppveie advokatens muligheter til å forfølge egne økonomiske interesser.

Samfunnet har også interesser i advokatens virke og uavhengighet. I dette perspektivet er tidsdebitering og skjønnsmessig salærfastsettelse i utgangspunktet gunstige salærberegningsmodeller. Metodene genererer nemlig ikke incentiver til å undergrave regelbundne prosesser for domstolene og annen uetisk opptreden. Sagt på en annen måte; fordi advokaten ikke får noen økonomisk interesse i *utfallet* av saken, har han ingen særlige incentiver i å for eksempel oppfordre klienten til å holde tilbake bevis eller forsøke å påvirke vitner.

På den annen side gir tidsdebitering incentiv til å forlenge rettslige prosesser fordi salæret beror på advokatens tidsbruk. Dette innebærer at

⁵¹ (Kolrud, 1990, p. 50)

tidsdebitering og skjønnsmessig salærfastsettelse ikke er gunstige salærberegningsmodeller i et samfunnsøkonomisk perspektiv.⁵²

*"Hourly charging encourages inefficiency as well as overcharging."*⁵³

2.2.3. HVORDAN ADRESSERES DISSE UTFORDRINGENE?

Salærberegningsmodeller som fratar klienten styringen over arbeidet advokaten nedlegger, gjør at klientens interesser blir overlatt advokatens profesjonalitet og moral. Dette er et dårlig vern mot misbruk, og det er derfor vi har etiske regler.

Tidsdebitering og skjønnsmessig fastsatt salær er ikke særskilt omtalt i RGA, og den eneste begrensningen er at salæret skal være *"rimelig"* jfr. RGA §3.3.1. 2.punktum. Fleksibiliteten som ligger i *"rimelig"*-standarden gjør det i praksis vanskelig å kontrollere advokatens salærberegning.⁵⁴ Dette avbøtes i noen grad gjennom regelen i RGA §3.3.1. 1.punktum om at;

"Klienten har krav på å få opplyst hvordan advokaten har beregnet sitt salær."

Regelen medfører at advokater må føre timelister for å dokumentere arbeidet som er nedlagt.⁵⁵ Regelen bidrar til å forenkle etterprøving av salærberegningen. Regelen til tross, det er i praksis svært vanskelig å vurdere *nødvendigheten* av timebruken i det enkelte tilfellet – og dermed er man ofte like langt. Regelen i §3.3.1. 1.punktum avhjelper således ikke det grunnleggende problemet.

⁵² (NOU 2002:18 s. 201)

⁵³ (Boon & Levin, 2008)

⁵⁴ Det er i praksis vanskelig å vurdere hva advokattjenester bør koste, se f.eks som illustrasjon ADA 2011-D136. I praksis kan det se ut som nemnden ofte skjærer gjennom og nedsetter salæret "det er uklareheter ved avregningen" og lignende, se for eksempel ADA-2012-D112.

⁵⁵ (Austdal & Smith, 2012, pp. 248-249; Wilhelmsen & Woxholth, 2003, p. 86 flg.)

Til vanskelighetene med å kontrollere advokatens salærberegning kommer også at det er en motsetning mellom mulighetene til å kontrollere og etterprøve advokatens arbeid, og fleksibiliteten i "*rimelig*"-standarden. Når hva som er "*rimelig*" salær beror på en konkret vurdering, gjør dette det også vanskelig å drive sensur av advokatens salærberegning.

Dersom klienter sto fritt til velge salærberegningsmodell, på bakgrunn av informasjon om potensialet og konsekvensene av interessekonflikten mellom klient og advokat, fremstår det som sannsynlig at et flertall ville valgt andre salærberegningsformer enn tidsdebitering og advokatens skjønn.

Både nasjonalt og internasjonalt er det en utvikling mot økt bruk av alternative salærberegningsmodeller.⁵⁶ Dette skyldes flere forhold, men høye timepriser er utvilsomt en viktig årsak; i USA er det eksempler på timepriser \$1800.⁵⁷ I Europa virker ønsket om å lette borgernes tilgang til rettssystemet i samme retning.⁵⁸

Partene kan nøytralisere latente interessekonflikter på annen måte. Tidsdebitering er i utgangspunktet prosessdrivende fordi advokaten ikke har noe incentiv til å forsøke å forlike saken fordi han honoreres per time. Om partene avtaler en kompensasjonsklausul, et "*turn-around fee*", for tilfellet at saken forlikes før en lang rettsrunde, vil advokaten kompenseres for "tapt" salær. Slike avtalebaserte mekanismer er imidlertid primært praktisk aktuelle for profesjonelle klienter.

⁵⁶ (Boon & Levin, 2008, p. 244)

⁵⁷ (Economist, 2014)

⁵⁸ (Emons, 2007, pp. 89-90)

2.3 BETINGET AV SAKEN UTFALL

2.3.1 UTGANGSPUNKTER

Med betinget av sakens utfall sikter jeg til salærberegningsmodeller hvor salæret beror på utfallet av oppdraget eller saken. Disse salærberegningsmodellene omtales derfor gjerne som “success fee”. Betingede salærberegningsmodeller er ulike de tradisjonelle variantene beskrevet i punkt 2.2. ved at salæret varierer med hvordan advokaten løser oppdraget *direkte*. Advokaten får dermed en interesse *i* saken. Betingede salærberegningsmodeller er tillatt i de fleste land i verden. Det er imidlertid vanlig at det er begrensninger på hvordan salæret kan beregnes, og ikke minst på hvor stort det kan være.⁵⁹

At salæret er betinget av sakens utfall innebærer at advokaten mister hele eller deler av salæret dersom saken ikke ender positivt for klienten. Dette omtales ofte som “no cure, no pay”, (“NCNP”). På grunn av risikoen for ikke å få betalt benyttes NCNP ofte i kombinasjon med at advokaten får større salær dersom premisset slår til, enn hva som ville vært resultatet etter alminnelige salærberegningsmodeller. Dette betegnes gjerne som “if cure, good pay”.⁶⁰

Det er ingenting til hinder for at advokaten og klienten avtaler at advokaten mister sin rett på salær om saken ikke vinnes eller ender ufordelaktig på annen måte. Advokaten har ingen plikt til å ta seg betalt. For advokaten vil NCNP-avtaler uten oppside ved positivt utfall fremstå som lite attraktivt

⁵⁹ (Vogenauer, Tulibacka, & Hodges, 2010, pp. 25-26)

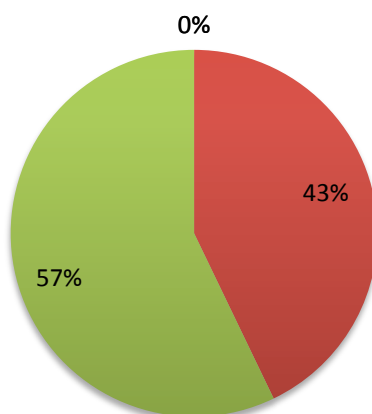
⁶⁰ (Bryde Andersen, 2005, p. 692)

sammenlignet med tidsdebitering. Bruken av slike NCNP-avtaler blir derfor stort sett forbeholdt tilfeller som kan betegnes som pro-bono.⁶¹

Det å avtale relativt sett bedre betalt dersom saken får et positivt utfall kan komme i konflikt med "*rimelig*"-standarden i RGA §3.3.1. Selv om "*rimelig*" skal tolkes fleksibelt fremstår det å være en utbredt motvilje resultatbetingede salærberegningsmodeller i Norge. Årsakene til denne motviljen er trolig forankret både i etiske hensyn og konkurransehensyn.⁶² Til en viss grad skyldes det også kulturelle forskjeller.⁶³ Disse forholdene bidrar til at resultatbetingede salærberegningsmodeller brukes relativt lite.⁶⁴ Advokatene jeg intervjuet var kjent med NCNP-modeller, men benyttet seg sjelden av de.

Benytter dere salærberegningskonseptet "No Cure, No Pay" i deres advokatfirma?

■ Ja, ofte ■ Av og til ■ Sjelden ■ Overhodet ikke



⁶¹ (NOU 2002:18 s.176-177.)

⁶² Bl.a. (Espeli et al., 2008, p. 420) og *omfattende i* (Ryssdal, 1995, pp. 81-88)

⁶³ (Vogenauer et al., 2010, p. 25)

⁶⁴ (NOU 2002:18 s.110): "66 prosent av advokatene har aldri brukt "[NCNP]"

2.3.2 PROSENT- ELLER ANDELS-BASERTE SALÆR

Prosent eller andelsbasert salær, på engelsk "*contingency fee*", er forbudt i Norge jfr. RGA §3.3.2.:

"En advokat må ikke inngå avtale med klienter eller andre om at han skal motta et salær på prosent- eller andelsbasis i forhold til sakens resultat eller gjenstand enten dette gjelder et pengebeløp eller annen form for vederlag."

Bestemmelsen gjelder uten hensyn til om oppdraget gjelder en prosess for domstolene, overfor forvaltningen eller om oppdraget gjelder rettslige forhold av annen art.⁶⁵ I ADA-2007-D145 avgjorde disiplinærnemden en sak om en advokat som hadde inngått avtale om en prosentandel av utbyttet fra et erstatningssøksmål. Nemden uttalte at:

"Formålet med bestemmelsen [§3.3.2.] er at den skal sikre advokatens frie og uavhengige stilling. Dette har dels en side til relasjonen til klienten, ved at en egen interesse direkte i sakens utfall kan påvirke advokatens evne til å opptre objektivt. For visse sakstyper, f.eks. som den foreliggende, kan en slik ordning imidlertid også virke støtende selv om klienten har akseptert den på forhånd."

Det siterte viser at forbudet mot prosent- eller andelsbasert salær er begrunnet i både hensynet til klienten, men også samfunnsinteresser; "*en slik ordning [kan] virke støtende...*".

⁶⁵ (Austdal & Smith, 2012, p. 270)

2.3.2.1. Om prosent- eller andelsbasert salær og advokatuavhengighet

I følge disiplinærnemnden er forbudet mot prosent- eller andelsbasert salær delvis forankret i at advokatens interesse i sakens utfall "*kan påvirke advokatens evne til å opptre objektivt*".

Ved prosent- eller andelsbasert salær er advokatens interesse forent med klientens.⁶⁶ Men advokaten har en konkret økonomisk interesse i *utfallet* av saken og kan vanskelig sies å ha avstand til saken. Dette er ulikt tidsdebitering og skønnsmessig salærberegning hvor utfallet, i hvert fall så langt det vedgår advokatens økonomi, er uten interesse for advokaten.

At advokaten blir fullstendig objektiv når han ikke beregner salær på basis av resultatet i saken, men for eksempel per time, er imidlertid en feilslutning. Advokaten er aldri uavhengig i betydningen uten interesser som i større eller mindre grad er kontrære til klienten.⁶⁷ Når advokatens salær *ikke* er knyttet til resultatet i saken, blir den grunnleggende interessemotsetningen mellom advokaten og klienten mer fremtredende. Det er betimelig å spørre hva klienten vil foretrekke: en advokat med samme interesse i å vinne saken som ham selv, eller en advokat som har interesse i saken i seg selv.⁶⁸

På den annen side er advokatens økonomiske incentiv ved prosent- eller andelsbasert salær unektelig mer *konkret* enn ved tidsdebitering. Med Advokatkonkurranseutvalget sine ord er det ikke den "*generelle økonomiske avhengighet av oppdrag*" som er siktemålet til kravet om økonomisk uavhengighet i RGA §2.1.2, men den økonomiske avhengighet ved "*utførelsen av det enkelte oppdrag*" jfr. NOU 2002:18 s.40.

⁶⁶ (Dana & Spier, 1993, pp. 349-352)

⁶⁷ (Aarseth, 2006, p. 279)

⁶⁸ (Ryssdal, 1995, p. 86)

Sett bort i fra hvorvidt advokatens økonomiske interesse er kolliderende eller forenet med klientens, er den mer konkret og større der advokaten har rett til en andel i sakens verdi. Motstanden mot prosent- eller andelsbasert salær knyttet til advokatens økonomiske interesse i utfallet kan også sies å bygge på følgende: mens det ved prosent- eller andelsbasert salær er *evnen* til å gi de kvalitativt riktige råd som kan trekkes i tvil, er det advokatens *vilje* til å gi de råd som best tjener klienten, når salæret beregnes per time brukt.

Det er nærliggende å kontre dette med at advokaten ved resultatbetingede salærberegningsmetoder har en egeninteresse i å gi "gode" råd, og at om ikke advokaten evner det, vil markedet løfte frem andre, mer nøkterne advokater. Sagt på en annen måte vil egeninteressen kunne ha en disiplinerende effekt på rådene advokaten gir.⁶⁹

Som det fremgår er det mulig å argumentere overbevisende både for og mot prosent- eller andelsbasert salær. Det er lite empiri som støtter de ulike argumentene, og ens oppfatning avhenger gjerne av hvilken rettskultur man har sin bakgrunn fra.⁷⁰ Dette er i seg selv et argument for å legge de prinsipielle argumentene til side og i stedet erkjenne at det er fordeler og ulemper ved alle salærberegningsmodeller. En mer pragmatisk tilnærming til spørsmålet ville være å fokusere på fordelene med prosent- eller andelsbasert salær veier opp for ulempene, herunder betydningen for advokatens uavhengige stilling.

⁶⁹ (De Backere & De Lathauwer, 2012, p. 121)

⁷⁰ (De Backere & De Lathauwer, 2012, p. 108; Dershowitz, 2001)

2.3.2.2. Tilsier en pragmatisk tilnærming at prosent- eller andelsbasert salær bør tillates?

Et argument mot prosent- eller andelsbasert salær er at det vil motivere advokater til å prioritere "sikre" saker, og lure klientene til å avtale at salæret skal være resultatbetinget når dette ikke er i klientens interesse.

Dette argumentet underslår eksistensen av kontrollmekanismer som standard-kontrakter, disiplinærorganer i tillegg til effekten av konkurranse mellom advokater.⁷¹

Et mål på advokatens kvalitet er hvordan advokaten innretter seg dersom saken utvikler seg i en ufordelaktig retning for klienten. Det er i disse situasjonene det er behov for innsats – og dersom advokaten kun honoreres ved suksess, synker utsiktene til å få betalt og dermed formodentlig interessen i å gå i bresjen for klienten.⁷² Faren er altså at advokaten lar være å bruke tid på saken som står i fare for å tapes.

Ulike salærberegningsformer vil skape ulike incentiver, som under gitte forhold kan motivere advokaten til å handle i strid med klientens interesser. Det er imidlertid sannsynlig at klienten vil foretrekke en modell hvor advokaten bærer risikoen for saken med ham. Som notert av Ryssdal:

*"... no payment system is able to impose the privately correct level of lawyerly independence – i.e. the right trade-off between the duty to terminate a case without merit and the duty to fight for a client even in the face of stiff opposition."*⁷³

⁷¹ (Ryssdal, 1995, p. 84)

⁷² (Sogn, 2005, p. 181)

⁷³ (Ryssdal, 1995, p. 85)

En vanlig innvending mot prosent- eller andelsbasert salær er at denne formen for salær kunne motivere advokaten til å inngå forlik prematurt i forhold til hva saken tilsier og hva klienten har interesse av.⁷⁴ I den tidligere nevnte avgjørelsen ADA-2007-D145 ble det av klagerne vist til at forlikene advokaten hadde inngått hadde gitt dårligere resultat enn andre, tilsvarende saker, ført av andre advokater. Bekymringen på dette punkt kan også fremstilles med motsatt fortegn, at advokatens økonomiske interesse kan *"forhindre forlik eller en annen løsning av klientens problem"*.⁷⁵

Dette argumentet henspiller i realiteten på mulige konsekvenser av at klienten "mister" kontrollen over saken. Når advokaten får en interesse i sakens utfall kan dette motivere ham til å overkjøre klienten. Igjen må det minnes om at advokaten som honoreres etter antall timer har det motsatte incentivet – å forlenge prosessen. At advokaten kan utnytte sin posisjon til å overkjøre klienten er ikke et problem ved prosent- eller andelsbasert salær alene.

Et annet argument mot prosent- eller andelsbaserte salærer er at bruken vil motivere advokaten til ikke å gå frem med tilbørlig aktsomhet og verdighet, særlig i rettssalen. Med andre ord at advokaten vil fremføre løgner, hindre bevis i å bli fremlagt, fordreie fakta på annen måte og så videre. Slike handlinger er ikke nødvendigvis i direkte strid med klientens interesser, men *kan* være det om advokaten taper saken. Slike argumenter er åpenbart patroniserende, både overfor advokaten og klienten, og dessuten:

"... that non-contingency-fee lawyers faithfully discharge their duties to the court or to justice even when these conflict with their clients'

⁷⁴ (De Backere & De Lathauwer, 2012)

⁷⁵ (Ringdal, 1994, p. 15)

interests, whereas contingency fee lawyers would not – is not merely false, but damnably false.”⁷⁶

Det er ingen salærberegningsmodeller som sikrer at advokaten alltid handler og opptrer på en måte som er i klientens beste interesse. Det er vanskelig å se at hensynet til klienten skal kunne danne vektige argumenter mot å tillate bruk av prosent- eller andelsbasert salær. En rekke forfattere, herunder Andersen og Wilhelmsen & Woxholth, fremhever da også hensynet til advokatens rolle i rettssystemet som det primære grunnlaget for forbudet mot prosent- eller andelsbasert salær.⁷⁷

“... objections against contingency fees often seem to boil down to mere assertions about “excessive behaviour in courts” and “too many lawsuits” rooted less in the clients’ needs, than in nuisance observations.”⁷⁸

2.3.2.. Om forbud er nødvendig for å verne advokatens integritet

Det er vanlig å hevde at bruk av prosent- eller andelsbasert salær vil føre til flere, og da fortrinnsvis grunnløse, søksmål. Fordi advokatens salær beror på resultatet i saken har advokaten imidlertid det motsatte incentiv – å være forsiktig med å påta saker for domstolen. For å maksimere sannsynligheten for å få salær er det sannsynlig at advokaten i stedet fungerer som en *“first judge”* og unngår krav som er uholdbare.⁷⁹

Det hevdes også at salærberegningsmetoden innebærer fare for at advokaten ikke *“holder seg innenfor lovens og de yrkesetiske rammer”*, hvilket over tid kan føre til en *“svækkelse av den tillit og anseelse som*

⁷⁶ (Sampford & Parker, 1995, p. 120)

⁷⁷ (Bryde Andersen, 2005, p. 338; Wilhelmsen & Woxholth, 2003, p. 52)

⁷⁸ (Ryssdal, 1995, pp. 86-87)

⁷⁹ (De Backere & De Lathauwer, 2012, p. 109)

advokatene har i samfunnet."⁸⁰ Saken mot det amerikanske advokatfirmaet Morris J. Eisen er illustrerende. Firmaet var spesialisert på såkalt "personal injury law", og basert seg på bruk av prosent- eller andelsbaserte salær. Firmaet var svært anerkjent inntil det ble avslørt at firmaets advokater bestakk vitner og fabrikkerte bevis.⁸¹ Praksisen dette advokatfirmaet bedrev berodde på ikke på måten de beregnet salær på. Hertil kommer at salærnivåene i Norge aldri vil kunne være i nærheten av de amerikanske fordi skade-erstatning i USA utmåles etter helt andre prinsipper enn i Norge. Poenget er at enkelte advokater vil la seg friste til å handle uetisk under påvirkning av egne økonomiske interesser, men gjør det uavhengig av *hvordan* salæret beregnes.

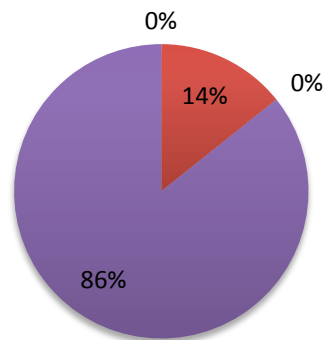
All den tid uavhengighetsprinsippet også er begrunnet i samfunnets behov for advokater med integritet gir det mening å argumentere som Advokatforeningens kommentarutgave til RGA, om at et forbud kan forsvares fordi det "*Uansett vil kunne oppstå mistanke om dette [dvs. ulovlig og eller uetisk praksis]*". I Danmark, skriver Mads B. Andersen, skyldes motstanden mot prosent- eller andelsbasert salær til dels en motvilje mot "*amerikanske tilstander*", som fra et europeisk synspunkt innebærer advokater som aktivt søker klienter for å reise astronomiske erstatningskrav med den dårlig skjulte hensikt å forlike saken til et lavere beløp til god profitt. Advokatintervjuene tyder på at prosent- eller andelsbasert salær brukes i svært liten grad, og et stort flertall gjorde gjeldende sterke motforestillinger mot å tillate dem:

⁸⁰ (Austdal & Smith, 2012, p. 269)

⁸¹ (New York Times, 1991)

Benytter dere salærberegningskonseptet "prosent- eller andelsbasert salær" i deres advokatfirma?

■ Ja, ofte ■ Av og til ■ Sjelden ■ Overhodet ikke



Flere forhold gjør at det Andersen kaller "*amerikanske tilstander*" i praksis ikke ville kunne utviklet seg i Skandinavia. For det første betaler hver part i utgangspunktet sine egne saksomkostninger. Dette, kombinert med at erstatningsbeløpet ikke er bundet til saksøkers økonomiske tap, gjør at den økonomiske risikoen for å gå til sak blir relativt sett liten.⁸² Slik er det ikke i Norge, og dette gjør at motforestillingene som bygger på hvordan praksis angivelig er i USA ikke er videre relevante i diskusjonen.

Det er da grunn til å minne om at det er en rekke gode sider ved å tillate prosent- eller andelsbasert salær. Først og fremst er bruken med på å legge til rette for at flere har praktisk tilgang til rettssystemet. Salærberegningsmodellen gir ubemidlede mulighet til å få bistand av gode advokater.⁸³ Salærberegningsmodellen er dessuten mer fleksibel enn tidsdebitering, og fokuset på resultat i stedet for prosess er samfunnsøkonomisk gunstig fordi den inciterer aktørene til å være kostnads- og ressurseffektive.

⁸² (De Backere & De Lathauwer, 2012, p. 123)

⁸³ (Bogdan, 2003, pp. 140-141)

2.3.3 CONDITIONAL FEE AGREEMENTS

Conditional Fee Agreements, (CFA), ble introdusert i England i 1995. Dette er en salærberegningsmodell som er et slags kompromiss mellom prosent- eller andelsbasert salær og ikke-resultatbetingede salærberegningsmodeller.

I England har rettslige prosesser historisk blitt sett på som negativt. Man har søkt å begrense bruken av søksmål, blant annet gjennom forbudene mot *maintenance* og *champerty*.⁸⁴ Forbudet mot *maintenance* innebærer at en tredjeperson ikke kan finansiere et søksmål uten grunn, mens *champerty* forbyr at uvedkommende gis en interesse i sakens utkomme. Formålet med reglene var å hindre advokater og andre i å “*stir up litigation*”, i tillegg til å “*promote the integrity of the legal process and the lawyer’s role as an officer of the court.*”⁸⁵ CFA representerer et delvis brudd med disse tradisjonene.

I den engelske CFA-modellen er advokatens salær betinget av at advokatoppdraget får et for klienten vellykket utfall. Dersom betingelsen innfris, får advokaten ordinært salær beregnet på grunnlag av tidsdebitering, men også en nærmere bestemt prosentandel av *det ordinære salæret*. Dette tillegget, som kan sees på som en motytelse for at advokaten ikke får salær om saken tapes, er oppad begrenset til 100 % av ordinært salær jfr. NOU 2002:18 s.125-126.

2.3.3.2. Det etiske regelverket og CFA?

Advokatforeningens etiske regler inneholder ikke noe forbud mot CFA eller lignende salærberegningsmodeller. Rammene for bruk av slike måter å

⁸⁴ (Sampford & Parker, 1995, p. 93)

⁸⁵ (Boon & Levin, 2008, pp. 242-243)

beregne salær på, følger dermed av de generelle normene om uavhengighet samt kravet om at salæret ikke skal gå utover det "*rimelige*" jfr. RGA §3.3.1.

Ved vurderingen av hva som er "*rimelig*" er det mulig å ta hensyn til faktorer som for eksempel "*resultatet av oppdraget*".⁸⁶ Så lenge CFA-lignende modeller begrenser størrelsen på salæret relativt til verdien av saken hindrer i prinsippet ikke RGA §3.3.1. anvendelsen av denne salærberegningsmodellen.

Fleksibiliteten i "*rimelig*"-standarden, og at faktorer som utfallet av saken kan vektlegges, er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å fjerne usikkerheten forbundet med det å bruke en resultatbetingede salærberegningsmodell, ikke minst på bakgrunn av den kulturelle motviljen mot resultatbetingede salærberegningsformer. Til det kreves klarere politiske signaler, enten av lovgiver eller av bransjen selv. Tvistemålsutvalget ettersøkte dette i NOU 2001:32 A, og forespørselen ble gjentatt i NOU 2002:18.

Advokatforeningens etikkutvalg uttalte seg om saken i uttalelse av 10. April 2003. Utvalget vurderte spørsmålet om det var ønskelig å innføre regler som "*vil oppmuntre til at det i større utstrekning inngås avtaler om betinget salær.*" Utvalget var i tvil, men konkluderte med at det var å foretrekke å innføre regler som kunne gi bransjen en rolle i å forme praksis og anbefalte innføring av den engelske modellen, men med enkelte modifikasjoner. Signalene fra Etikkutvalget i 2003 har ikke blitt fulgt opp. Spørsmålet står altså i samme stilling 10 år etter.

⁸⁶ (Austdal & Smith, 2012, p. 252)

2.3.3.3 Om hvordan CFA påvirker advokatens uavhengighet

Sammenlignet med prosent- eller andelsbasert salær, der salæret står i direkte forhold til verdien av kravet, er som nevnt CFA-modellen annerledes fordi beregningen knyttes til tiden advokaten bruker på saken.

I den grad man mener advokatens incentiver påvirkes av størrelsen på den mulige gevinsten alene, begrenser dermed CFA advokatens potensielle interesse i saken, og dermed i hvilken grad hans uavhengighet påvirkes. De offentlige utvalgene som har vurdert økt bruk av resultat-orienterte salærberegningsmodeller er likevel avmålte i sin begeistring jfr. eksempelvis NOU 2001:32 A s.540 hvor det henvises til de:

"klare prinsipielle betenkeligheter ved den egeninteressen advokaten får i utfallet."

Argumentene mot CFA og lignende resultatbetingede salærberegningsmodeller konkretiseres ikke ytterligere i rapporten. Argumentene er antakelig langt på vei de samme som i relasjon til prosent- eller andelsbasert salær, selv om CFA altså er vesensforskjellig fordi salæret ikke er knyttet til kravet.

Betenkelighetene ved å CFA kan knyttes til hensynet til klienten. Advokaten kan i sitt arbeide for klienten påvirkes av utsikten til økonomisk vinning, og det kan medføre at klienten får dårligere rådgivning fordi advokaten ikke evner, eller ikke vil, sette klienten først.

Det må da igjen understrekes at advokater aldri er uavhengige fra økonomiske incentiver som følge av måten salæret beregnes på. I den grad advokatens egeninteresse skal være et argument *mot* en salærberegningsmodell på bakgrunn av uavhengighetsprinsippet, må

egeninteressen i fall sammenlignes med egeninteressen ved andre salærberegningsmodeller. Det avgjørende må være i hvilken grad modellen genererer økonomiske incentiver, og muligheter for å forfølge disse, som vil føre til at *flere* advokater handler i strid med klientens interesser, og i strid med rettssystemets interesser. Det er disse hensynene uavhengighetsprinsippet skal ivareta.

Ved resultatbetingede salærberegningsmodeller som CFA har advokaten, i motsetning til ved tidsdebitering, en egeninteresse i å gi "gode" råd. Advokaten har en markant egeninteresse i å ikke utnytte de muligheter forholdet til klienten gir dem. Hensynet til firmaets renommé, forholdet til klienten i fremtiden samt andre potensielle forbindelser, representerer en sterk motivasjon til å ivareta klientens interesser. Videre; i den grad advokaten *lar* seg påvirke, representerer det en risiko, i hvert fall om man forutsetter gode disiplinær- og sanksjonsordninger, bransjeansvar for utforming av standardavtaler og et fungerende marked for advokattjenester.⁸⁷

Advokaters uavhengighet handler ikke bare om *faktiske* konsekvenser. Vel så viktig er tilliten til advokatstanden uavhengig av dette, symbolisert ved begrepet *appearance*. I relasjon til CFA kan det hevdes, også på bakgrunn av den kulturelle motviljen mot resultatbetingede salær i Norge, at innføring av CFA vil kunne medføre lavere tillit til advokaters hederlighet.

På den annen side er synet på advokater i befolkningen historisk tett knyttet til salærnivå og sikkerhet mot utnytting – faktorer som det ligger i selve konseptet CFA at man forsøker å kontrollere. Det er dessuten en utbredt oppfatning at advokattjenester i dag er dyre, og en modell som CFA

⁸⁷ (De Backere & De Lathauwer, 2012, p. 122)

er laget med tanke på å bedre befolkningens praktiske tilgang til rettssystemet.

I Storbritannia har CFA-modellen nylig blitt evaluert. Ordningen har vært omstridt og blitt kritisert, men dette ikke knyttet seg til kvaliteten på advokattjenester, den etiske standarden til advokater eller at tilliten til advokatstanden har falt i samfunnet. *Problemet* med ordningen innført i 1995 var at regelverket i praksis innebar at rettssøkende publikum ikke opplevde noen økonomisk risiko ved å reise sak. Blant annet kunne man forsikre seg mot sakskostnader for krav man ville ta for retten, *etter* at forholdet man ville ta for retten hadde funnet sted. Dette medførte en prosesseksplasjon som kostet samfunnet enorme summer.⁸⁸

Advokater er aldri uavhengige fra økonomiske incentiver som følge av måten salæret beregnes på. Det bør lede til at fokuset flyttes til å skape en balanse mellom å utnytte positive konsekvenser av salærberegningsmodeller som CFA på den ene siden, og på den andre siden unngå at egeninteressen tar overhånd.

2.3.3.4. Bør det stimuleres til økt bruk av CFA i Norge?

Spørsmålet er altså om en mer pragmatisk tilnærming til spørsmålet om vern av advokatens uavhengighet tilsier at det bør åpnes for økt bruk av CFA og lignende resultatbetingede salærberegningsmodeller.

Med denne problemformuleringen legger jeg til grunn at CFA gir advokater en økt egeninteresse i oppdraget de fører for klienten, men samtidig at en salærberegningsmodell som CFA har potensielle positive konsekvenser. Bakgrunnen for at man innførte CFA i England i 1995 var at man ønsket å

⁸⁸ (Boon & Levin, 2008, pp. 245-251)

bedre befolkningens praktiske tilgang til rettssystemet. Dette vil nødvendigvis måtte være begrunnelsen i Norge også, sml. NOU 2001:32 bind A s.538-540.

I sitt forord til regjeringens respons til rapporten fra utvalget designert med oppgaven å foreslå endringer, uttaler Lord Chancellor and Secretary of State for Justice og Justice Minister at:

“They [conditional fee agreements] have played an important role in extending access to justice...”

Nedsiden viste seg å være en voldsom økning i antallet søksmål fordi saksøker hadde liten risiko på grunn av blant annet mulighet til å forsikre seg mot å dekke motpartens sakskostnader.

“... but they also enable claims to be pursued with no real risk to claimants and the threat of excessive costs to defendants.”

Evalueringen av CFA-reformen ledet til at enkelte regler ble reversert og modifisert. Det ble blant annet gjort umulig å kreve dekket av motparten egen prosessfullmektigs suksesshonorar, samt forsikringspremie betalt for å sikre seg mot forpliktelser overfor motparten ved tap.⁸⁹ Adgangen til å inngå salæravtaler med suksess-belønningselementer ble likevel videreført.

Forutsatt at det finnes effektive disiplinære virkemidler og prosedyrer for å sikre klientene mot interessekonflikter som følge av CFA, fremstår de engelske erfaringene å tale for innføring av CFA. Om håndtering av interessekonflikter skriver Andersen:

⁸⁹ (Reforming Civil Litigation Funding and Costs in England and Wales – Implementation of Lord Justice Jackson’s Recommendations
The Government Response, 2011, pp. 6-8)

"Vejen hertil går almindeligvis gennem en korrekt og løbende oplysningsplikt."⁹⁰

Dette er en plikt som både tilligger den enkelte advokatens etikk og moral, men som kan understøttes av standen og samfunnet for øvrig gjennom å utforme standard-avtaler og spre informasjon. Advokatkonkurransenutvalget foreslo i NOU 2002:18 s.202 sågar å underlegge resultatavhengige salærer:

"ex post-kontroll av tilsynsmyndighetene, slik at klienten kan klage dersom advokaten har opptrådt i strid med de etiske retningslinjene."

Spekteret av faktorer som virker inn på behovet og nytten av salærberegningsmodeller som CFA i Norge, er imidlertid stort. Måten forvaltningen er organisert på er en slik faktor som ikke umiddelbart springer en i øynene.⁹¹ I Norge er forvaltningen organisert slik at i prosesser knyttet til personers rettigheter og plikter overfor det offentlige, tillegger det forvaltningen å undersøke og opplyse saken. Dette har stor betydning for i hvilken grad borgeren selv må ta grep for å hevde sine rettigheter.

I en del andre land, herunder Storbritannia, tilligger det partene selv å opplyse saken. Når dette i praksis vil fordre juridisk bistand, skaper dette et omfattende behov for rettshjelp som det offentlige må bidra til å finansiere. I England kom kostnadene med offentlig rettshjelp helt ut av kontroll, og dette foranlediget innføringen av CFA i 1995. Når man ikke har dette problemet i samme utstrekning i Norge, taler det mot å innføre resultatbetingede salærberegningsmodeller som CFA.

⁹⁰ (Bryde Andersen, 2005, p. 509)

⁹¹ (Bryde Andersen, 2005, pp. 121-122)

Det er like fullt et stort udekket behov for rettshjelp i Norge.⁹² Forsikringsordninger lik HELP Forsikring, hvis forretningsmodell analyseres i et uavhengighetsperspektiv under punkt 2.4.2., som reiser andre uavhengighetsproblemer, kan sees i lys av dette.

2.3.4 AVTALE OM FORHANDLING OM BONUS

Partene til et advokatoppdrag kan ønske å avtale at advokaten har en interesse i saken. For å unngå at det kan stilles spørsmål på bakgrunn av det etiske regelverket, kan det være fristende å lage alternative ordninger.

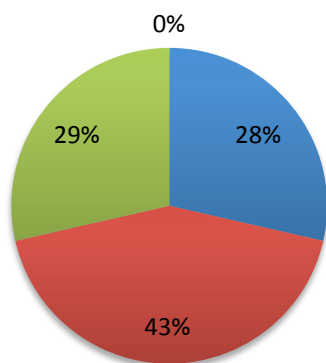
Disiplinærnemndens avgjørelse inntatt i ADA-2001-D3 gir et eksempel. En advokat hadde inngått en avtale om et mindre skifteoppdrag. Arbeidet skulle honoreres med en fast timesats. I tillegg ble partene enige om en bonusordning. Denne bonusen skulle være en "*gulrot*" som skulle gi et incitament til godt arbeide. Det fremgår ikke hvordan bonusen skulle beregnes, annet enn at den varierte med utfallet i saken.

I de større advokathusene i Oslo er man heller ikke ukjent med ulike former for bonus- og incentiv-ordninger. På bakgrunn av disse firmaenes ressurser og arbeidsområder er det trolig at de i større grad bruker slike ordninger sammenlignet med andre deler av bransjen. Gjennom intervjuene fikk jeg bekreftet bruken av CFA-lignende avtaler og andre suksesselementer:

⁹² (St.meld. nr.26 (2008-2009), punkt 2.2. s.18 flg.)

Benytter dere salærberegningskonseptet "conditional fee agreements" eller andre typer "success fee" i deres advokatfirma?

■ Ja, ofte ■ Av og til ■ Sjelden ■ Overhodet ikke



Et eksempel på en ikke uvanlig måte å skape incentiver for advokater på er å innta en klausul om at partene forplikter seg til å diskutere spørsmålet om bonus dersom oppdraget løses på en tilfredsstillende måte. En annen fremgangsmåte er at partene avtaler to forskjellige timepriser ved oppdragets begynnelse. Den ene benyttes dersom saken løses på en tilfredsstillende måte, (eks. ord. timepris x 1,5), og den andre i motsatt tilfelle.

Det er forskjellige årsaker til at man benytter resultatbetingede salærmodeller. Én årsak kan være at klienten vil anse det som gunstig at advokaten bærer en del av risikoen ved oppdraget. Dette er praktisk både ved rettslige prosesser og ved typiske "corporate"-oppdrag som emisjoner, transaksjoner og lignende. Særlig utenlandske klienter er interessert i at advokaten har en "*skin in the game*" – med ordene til en intervjuet advokat. Andre årsaker kan være ønsker om å kontrollere risiko og kostnader, og skape forutberegnelighet, noe som særlig gjelder profesjonelle klienter.

Fra næringslivets perspektiv vil problemet med interessekonflikt ved resultatbaserte salærberegningsmodeller fremstå som mer håndterbart enn de potensielle interessekonfliktene ved klassiske salærberegningsmodeller.

2.3.4.2. Om forholdet til det etiske regelverket

Spørsmålet gjelder altså bruk av ulike økonomiske incentiver som bonus og lignende, som ikke uten videre faller inn under forbudet mot prosent- eller andelsbasert salær jfr. RGA §3.3.2.

Ovennevnte ADA-2007-D3 har relevans utover eksempelets verdi. Klienten i saken hadde klaget inn advokaten med påstand om at timetallet var for høyt. Disiplinærnemnden anså timetallet som akseptabelt, men fant bonusordningen å være i strid med RGA §3.3.2. Nemnden uttalte på s.2 at:

“... [uten betydning] hva man faktisk kaller et slikt salær. Det sentrale er formålet med regelen [og at] bonusen, på den ene eller annen måte, skulle stå i forhold til hvilket resultat innklagede måtte oppnå.”

Det som kan sluttet fra dette er at det er realiteten i salærberegningen som er avgjørende, ikke hva opplegget kalles eller hvordan det organiseres. Hvis formålet er at advokaten skal ha rett til en sum som varierer med utfallet av saken vil opplegget være i strid med RGA §3.3.2 jfr. ADA-2007-D3. Denne forståelsen deles av Woxholth & Wilhelmsen som til spørsmålet om bruk av suksesshonorar i forbindelse med transaksjoner uttaler at:

*”Så lenge det er de underliggende realiteter som er avgjørende, er det imidlertid tvilsomt om en slik praksis er i overensstemmelse med det etiske regelverket.”*⁹³

⁹³ (Wilhelmsen & Woxholth, 2003, p. 52)

En praksis med bruk av ordninger som beskrevet i dette punktet kan kanskje forklares med mangelen på retningslinjer og rammer for bruk av resultatbetingede salærberegningsmodeller. Tvistemålsutvalget bemerket om faren for at slik praksis kunne utvikle seg i NOU 2001:32 A s.538:

"Det som vil kunne være uheldig, er om det vokser frem et system med betinget salær – conditional fee – uten at de ulike sidene ved det er vurdert på skikkelig måte i forhold til regelverket."

Når ikke regelverket speiler praksis, og denne praksis heller ikke blir gjenstand for sensur i disiplinærorganer, kan det potensielt undergrave respekten for det etiske regelverket. Det er uheldig også fordi det blir vanskelig å kontrollere og forstå bransjen og hvordan den opererer og utvikler seg. Det er lite bevissthet blant advokatene jeg har snakket med om dette problemet.

To løsninger kan tenkes. For det første kan man i større grad akseptere resultatbetingede salærberegningsmodeller. Dette vil måtte kombineres med at "rimelig"-standarden i RGA §3.3.1. praktiseres med (enda) større grad av fleksibilitet. Dette vil ikke nødvendigvis føre til at flere saker tas inn for disiplinærorganene fra forretningsadvokatfirmaene, men regelverket og praksis vil i større grad være i overensstemmelse.

Et annet alternativ er å innføre parallelle regler for ulike advokater eller ulike oppdrag. I Hong Kong har man valgt den løsningen. I Hong Kong gjelder forbudet mot prosent- eller andelsbaserte honorar kun for oppdrag *"which involve the institution of proceedings."*⁹⁴

⁹⁴ (Wilkinson & Sandor, 2008)

2.3.4.4. Fleksibel "rimelig"-standard eller ulike salærberegningsregler for ulike advokater?

Innføring av parallelle regelsett bør vurderes på behovet for det. Det ligger utenfor denne avhandlingens rammer å gjøre en grundig analyse av dette. Når jeg antar at det *er* et behov bygger jeg det på min forståelse av utviklingen av yrket de senere år hvor de ulike advokatrollene har fjernet seg fra hverandre. Jeg bygger det også på intervjuene med forretningsadvokatene og den forståelse jeg har fått av deres behov i forhold til den tradisjonelle domstolsadvokaten.

En velkjent innvending mot prosent- eller andelsbaserte salær er at det kan virke "*støtende*" på allmennheten at advokaten blir tilkjent et forholdsvis høyt salær jfr. NOU 2002:18 s.201. Dette argumentet treffer ikke når det gjelder advokater som jobber opp mot næringslivet. En advokat som bistår med en transaksjon gjør ikke tjenester som er vesensforskjellige fra et meglerhus – som *kan* ta seg betalt i prosenter. Advokater honorert per time kan også kreve salær som oppfattes som "*støtende*".⁹⁵ Forskning tyder dessuten på at advokater som får en andel i saken ikke får mer *per time* enn advokater som honoreres på basis av tidsdebitering.⁹⁶

Forholdsmessighetsstandarden i RGA §3.3.1. er som nevnt fleksibel og gir rom for å ta høyde for faktorer som eksempelvis resultatet av oppdraget. Dette bidrar til å undergrave "*rimelig*" som et krav om forholdsmessighet, og bidrar til det blir en inkonsekvens i å stenge for prosent- eller andelsbasert salær, dels fundert på motvilje mot høye advokatsalær.

⁹⁵ Da Sør-Trøndelag tingrett i 2013 nedsatte advokat Jan Fougners salæroppgave på 3,1 millioner innledet det en debatt om salærnivåer (Ukeavisen Ledelse, 2013)

⁹⁶ (De Backere & De Lathauwer, 2012, pp. 122-123)

Flertallet av innvendingene og argumentene mot prosent- og andelsbasert salær bygger på hensynet til domstol og rettssystem og klienter som i mindre grad forutsettes å ta hånd om egne interesser. Mange forretningsadvokater har imidlertid aldri oppdrag for domstolene og klientene er alle profesjonelle næringsdrivende.

Andersen er motstander av parallelle regelsett uten å begrunne det:

"Herover står det etiske grundsyn, at der kun bør gælde ét etisk regelsæt for advokatstanden, og at man derfor må håndhæve samme krav for alle typer af advokatvirksomheder..."⁹⁷

Advokatstanden har gjennomgått store endringer de senere år, ikke bare markedsmessig. De privilegier standen har nytt godt av er under press. På begynnelsen av 1990-tallet ble rettshjelpsmonopolet opphevet, og spørsmålet om møterettsmonopolet, (altså advokaters eksklusivitet, med noen få unntak), i å kunne opptre for domstolene) skal kasseres. En innføring av ulike regelsett vil kunne bidra til å undergrave grunnlaget for at advokatprofesjonens eksepsjonalitet ved å akselerere en utvikling mot at advokatyrrket blir "likere" andre næringer, også i navnet og ikke bare i praksis.⁹⁸ Dette vil kunne virke negativt på advokatyrrkets etiske bevissthet, og sitatet fra Andersen må kanskje forstås på bakgrunn av en slik bekymring.

Å trekke grensen mellom når de ulike regelsettene skal gjelde, og hvem de skal gjelde for, kan by på praktiske problemer. Denne avhandlingens rammer tillater ikke å gå inn i en nærmere vurdering av hva og hvordan. Som nevnt opereres det med et skille i Hong Kong, basert på om advokatoppdraget går for domstoler eller ikke. Skillet mellom "forbruker"

⁹⁷ (Bryde Andersen, 2005, pp. 400-401)

⁹⁸ (Espeli et al., 2008, pp. 404-435)

og "*næringsdrivende*" preger kontraktslovgivningen, og kunne blitt brukt for å trekke et skille mellom når hvilke regler gjelder. Det er også slik at de etiske reglene kun gjelder ved utøvelse av "*advokatvirksomhet*" jfr. Dl. §224. Det er ikke uvanlig at advokater påtar seg eksempelvis megleroppdrag hvor salærberegningen ikke er underlagt begrensninger etter RGA.

2.4 OPPDRAG TIL FAST PRIS

Med oppdrag til fast pris sikter jeg til avtaler mellom advokat og klient om utføring av ett eller flere oppdrag til en pris som fastsettes på forhånd. I klientens perspektiv har fast-pris oppdrag den fordel at man oppnår forutberegnelighet med hensyn kostnadene.

Prisen for denne forutberegneligheten er at advokaten får en interesse i å begrense arbeidet som utføres for klienten. Å fastsette prisen på forhånd danner altså grunnlaget for en interessekonflikt mellom klienten og advokaten fordi sistnevnte får interesse av å minimere arbeidet han gjør. Interessesmotsetningen ved fast-pris oppdrag har dermed motsatt karakter av interessekonflikten ved tidsdebitering, hvor advokaten har en interesse i å gjøre *mest mulig*.

Faste priser for advokattjenester er ingen nyvinning. Den grunnleggende interessekonflikten som eksisterer mellom klient og advokat med hensyn til spørsmålet om honorering, har blitt forsøkt løst på ulike måter gjennom historien, blant annet ved bruk av faste priser for advokattjenester. I Danmark hadde man historisk faste priser på enkelte advokattjenester, men dette har man i senere tid gått bort fra.⁹⁹ Bruk av faste priser,

⁹⁹ (Bryde Andersen, 2005, p. 699)

minimumspriser og lignende for å kontrollere salærnivåer regnes i dag som konkurransehemmende i de fleste land.¹⁰⁰

2.4.1 PÅ FORHÅND FASTSATT PRIS

Prisen på advokat-tjenesten eller tjenestene kan fastsettes i forkant av advokatens utførelse på ulike vis:

Et anbud er et skriftlig pristilbud for levering av nærmere bestemte varer eller tjenester avgitt på invitasjon eller oppfordring fra den som organiserer anbudskonkurransen jfr. NOU 1997:21 om offentlige anskaffelser. Anbudskonkurransen kan organiseres på ulike måter, og kriteriene for hva anbudene skal gå ut på bestemmes i utgangspunktet av utlyser av anbudet. I den grad advokattjenester settes ut på anbud peker advokatintervjuene i retning av at det vanlige i Norge er at advokaten tilbyr en lavere timepris, og ikke en på forhånd fastsatt totalsum som skal drøftes i dette punktet.

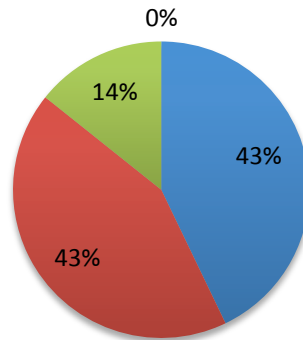
En annen fast pris-variant er at partene avtaler en totalpris for oppdraget. Dette er særlig praktisk for mindre oppdrag, som utforming av ektepakt eller testamenter. Slike oppgaver tilbys ofte i standardisert form uten forutgående forhandlinger. Fordi denne type oppdrag er forholdsvis enkle og oversiktlige, vil utføringen sjelden skape store interessemotsetninger.

En tredje variant er den at advokaten for så vidt tar seg betalt per time, men at partene blir enige om at advokaten ikke gjør *mer* arbeid enn det som omfattes av et nærmere bestemt beløp. Dette henger sammen med, men er ikke det samme som, bruken av *estimator* på hva utføring av et oppdrag vil koste. En pekepinn på bruken av denne salærberegningsformen:

¹⁰⁰ (Vogenauer et al., 2010, p. 16)

Benytter dere salærberegningskonseptet "cap",
altså at man avtaler hva oppdraget maksimalt vil
koste, i deres advokatfirma?

■ Ja, ofte ■ Av og til ■ Sjelden ■ Overhodet ikke



2.4.1.1. Hva sier regelverket?

Det er ingen regler i RGA som *direkte* retter seg mot fast-pris avtaler. Det er fri adgang til å inngå slike avtaler. Adgangen er kun begrenset av at salæret ikke kan fastsettes som en andel av sakens gjenstand jfr. RGA §3.3.2, og kravet om at salæret må være "*rimelig*" jfr. RGA §3.3.1. 2.punktum.¹⁰¹ Dersom oppdraget blir mindre komplisert enn partene forutså, kan det avtalte salæret være uforholdsmessig stort, og derved strid mot RGA §3.3.1. 2.punktum.

Det kan spørres om dette prinsippet også gjelder *til fordel* for advokaten: Kan advokaten kreve fast pris-avtalen revidert dersom hans forutsetninger for avtalen svikter? RGA §3.3.1. 2.punktum lest isolert kan for så vidt forsvare et slikt synspunkt. Det er imidlertid lite tvilsomt at de etiske reglene ikke kan brukes som grunnlag for å revidere en ellers gyldig avtale. Avtaleloven §36 kan nok tenkes brukt, men under hvilke forutsetninger slik revisjon kan tenkes går jeg ikke inn på.

¹⁰¹ (Austdal & Smith, 2012, p. 250 og 270)

Advokaten som opplever at forutsetningene for fast pris-avtalen han inngikk, svikter, må altså utføre arbeidet som ellers.

De etiske reglene som pålegger ham en plikt til å være uavhengig i arbeidet for klienten gir ingen veiledning i en slik situasjon. At RGA §2.1.2. (2), 2. punktum fastholder at han ikke *"må påta seg oppdrag hvor hans personlige økonomiske interesser kan komme i konflikt med klientens interesser"* gir liten hjelp. Advokaten *har* påtatt seg et oppdrag som han er forpliktet til å gjennomføre når forutsetningene så svikter.

2.4.1.2. Om hvordan fast-pris kan påvirke advokatens uavhengighet

Utfordringen ved å bruke fast pris ligger i at forutsetningene knyttet til omfanget og kompleksiteten av oppdraget, kan endre seg. Eksempler på typetilfeller er rettssaker og ulike forhandlingssituasjoner. Det som kjennetegner disse oppdragstypene er at oppdraget er å jobbe opp mot en selvstendig motpart man ikke har kontroll med og som har egne mål og motiver.

Når forutsetningene for den avtalte prisen helt eller delvis brister, og prosjektet blir mindre lønnsomt enn advokaten planla, settes advokatens integritet på prøve. Dette kan for eksempel gi seg utslag i at advokaten prioriterer arbeid som kaster bedre av seg – typisk oppdrag honorert basert på tid brukt. Alternativt kan advokaten, i stedet for å bruke av egen tid, sette uerfarne fullmektiger til å løse oppdraget med den følge at kvaliteten på arbeidet blir lavere.

Slike dilemmaer er selvsagt ikke uvanlige, verken for advokater eller andre. Betydningen av det arbeidet advokater typisk gjør for sine klienter gjør like fullt problemstillingen viktig.

Advokatintervjuene tyder på at bevissthetsnivået knyttet til utfordringene med fast pris ikke er høyt. På spørsmål om bevisstheten knyttet til etiske utfordringer ved bruk av fast pris, var advokatene langt vagere sammenlignet med samme spørsmål i relasjon til resultatbaserte salær.

At forutsetningene for den avtalte prisen endrer seg vil i de fleste tilfeller ikke føre til at kvaliteten på det leverte produktet synker dramatisk. De fleste advokater har en markant egeninteresse i å levere kvalitet.

I samspill med andre faktorer kan imidlertid spenningsforholdet mellom advokatens egne, og klientens interesser forsterkes. Et illustrerende eksempel er advokaten som tas under konkursbehandling. I en slik situasjon vil åpenbart hans evne til å plassere klientens interesser foran egen økonomi svekkes. Lovgiver har tatt konsekvensen av dette når advokatbevillingen inndras automatisk dersom advokatens "*bo tas under konkursbehandling*" jfr. Dl. §230 (2) jfr. (1).

Et annet aktuelt eksempel på en faktor som, i samspill med fast-pris oppdrag, forsterker risikoen for at advokatens egne interesser settes foran klientens, er enkelte advokatfirmaers ambisiøse målsetninger om vekst og inntjening.¹⁰² Med dette følger også kommersielle forventninger fra firmaet overfor den enkelte advokat, som kan gjøre det fristende å nedprioritere oppdrag som gir relativt dårligere inntjening enn andre oppdrag. I forlengelsen av dette bør også nevnes bonusordninger og resultatbetingede overskuddsmodeller.¹⁰³ Det er grunn til å gjenta følgende sitat:

¹⁰² (Espeli et al., 2008, pp. 382-398)

¹⁰³ (Sogn, 2005, p. 192)

“... how easy it is for ethical considerations to be sacrificed where practitioners face competing financial considerations.”¹⁰⁴

2.4.1.3. Om manglende oppmerksomhet om advokatuavhengighet og bruk av fast-pris

Utfordringer ved bruk av fast- eller totalpris er ikke levnet mye oppmerksomhet. To forhold kan forklare dette.

For det første er det økonomiske incentivet advokaten kan få vanskelig å definere. Dersom advokatens salær for eksempel knyttes til en prosess for domstolen, er den økonomiske oppsiden dersom han vinner et betydelig beløp som kan defineres relativt nøyaktig. For eksempel vil advokaten som inngår avtale om at 30 % av utbyttet tilfaller ham dersom han vinner et pasientskadeerstatningskrav på én million, kunne stipulere et salær på 300.000.

Til sammenligning er den økonomiske oppsiden ved å begrense mengden tid advokaten bruker på et oppdrag hvor salæret er *fastsatt på forhånd*, er mer diffus. Advokaten er bundet til å levere tjenesten, og har egeninteresse i at utførelsen møter faglige minstestandarder slik at ikke klienten for eksempel klager ham inn for disiplinærorganer, eller han taper saken på grunn av dårlig håndverk. Dette, i kombinasjon med at salæret vil være fiksert ut fra et stipulert tidsforbruk for det aktuelle oppdrag, reduserer potensialet for økonomisk gevinst advokaten kan oppnå ved å ”kutte hjørner”. I tillegg er det vanskeligere å definere størrelsen på den økonomiske gevinsten fordi denne knytter seg til forholdet mellom salæret og det antallet timer advokaten må bruke på oppdraget.

¹⁰⁴ (Sampford & Parker, 1995, p. 14)

Disse forholdene tilsier at det økonomiske incentivet, eller interessen, til advokaten, er mindre der salæret er fastsatt på forhånd sammenlignet med resultatbaserte salærberegningsmodeller.

Det kan hevdes at når den økonomiske faktoren som påvirker advokaten er mindre, reduserer dette faren for misbruk. Uten å kunne vise til statistikk er det imidlertid all grunn til å tro at advokater ofte påvirkes av problemstillingene som her skisseres i større eller mindre grad. Det i seg selv *burde* skape mer oppmerksomhet rundt problemene.

Det andre forholdet som kan forklare hvorfor uavhengighetsproblematikk knyttet til bruk av fast-/totalpris ikke er levnet mye oppmerksomhet er at advokatens incentiver går på bekostning av klienten, ikke samfunnet. For resultatbetingede salærberegningsmodeller har oppfatningen i hvert fall vært at samfunnet blir skadelidende i større grad.

2.4.1.4. Om hvordan interessekonfliktene bør håndteres

I en avtale hvor totalsummen fastlegges på forhånd kan partene innta klausuler som sikrer mot at premissene for prisen svikter. Slike klausuler vil fjerne grunnlaget for at interessekonflikter kan oppstå som følge av at forutsetningene for den avtalte summen svikter. Slike forbehold er imidlertid ikke så praktiske fordi de vil undergrave formålet med avtalen.

En annen mulighet er å innta regler i RGA om hvordan advokaten skal forholde seg til interessekonflikter som oppstår der etterfølgende forhold undergraver totalsummen for oppdraget.

Det er to innvendinger mot å bruke det etiske regelverket til dette. For det første er det vanskelig i et regelverk å ta høyde for alle de incentiver og

motivasjonsfaktorer som kan tenkes å påvirke advokatens. Regelverket vil lett bli omfattende og detaljert, noe som vil være negativt for den praktiske verdien av reglene.¹⁰⁵

For det andre ligger det i disse problemenes natur at de oppstår *under* utføring av oppdraget. Før utføring av oppdraget er problemstillingen hypotetisk. I motsatt fall vil man nødvendigvis innta bestemmelser om dette i avtalen. Når interessekonflikten oppstår under utføring av oppdraget ville eventuelle regler gi advokaten en rett/plikt til å tre *ut* av saken. Det vil imidlertid stride mot klienters interesse i at advokater ikke trer ut av saker uten videre.¹⁰⁶ Til dette kommer også det faktum at partene har inngått en avtale og advokaten kan ikke fragå forpliktelsene han har påtatt seg (*pacta sunt servanda*).

I realiteten måtte man i større eller mindre grad forbudt bruk av ulike former for fast-pris, og dette ville vært konkurransehemmende og kun gagne advokatene. I stedet for å se til Advokatforeningen eller andre for å løse problemet med interessekonflikter gjennom regler, bør løsninger heller søkes i forholdet mellom advokater og klienter gjennom å skape:

*"... en åbenhed om den eller en særlig procedure, der kan reducere dens mulige skadevirkninger."*¹⁰⁷

Løsningen for håndtering av interessekonflikter ligger i å høyne bevisstheten om dem blant aktørene. Advokatintervjuene tyder på at

¹⁰⁵ Engelske "The Guide to the Professional Conduct of Solicitors" tilsvarte RGA inntil 2007, og kom i siste utgave i 1999, da med 861 sider, se: (Wilhelmsen & Woxholth, 2003, p. 27)

¹⁰⁶ (Ryssdal, 1995, p. 85): "... since an attorney can cause excessive harm to the client but withdrawing from an assignment at a critical moment, ethical rules constrain the attorney's exercise of such contractual freedom."

¹⁰⁷ (Bryde Andersen, 2005, p. 402)

oppmerksomheten om slike utfordringer er lav hos både klienter og advokater.¹⁰⁸

*“Det viktigste grunnlag for advokat-uavhengighet og selvstendighet vil alltid være advokatens egen mentalitet og innstilling.”*¹⁰⁹

Det etiske regelverket bør utformes også med tanke på å fungere som en måte å spre informasjon og bevissthet omkring interessekonflikter.

2.4.2 RETTSHJELPSFORSIKRING

Med rettshjelpsforsikring mener jeg forsikring hvor forsikringsselskapet selger forsikring mot kostnader til juridisk bistand, men hvor bistanden gis av advokater *fra* selskapet som tilbyr forsikringen. Dette siste, at den juridiske bistanden ytes av advokater som er ansatt i selskapet og ikke velges mer eller mindre fritt av forsikringstaker *etter* at behovet oppstår, er ulikt tradisjonelle rettshjelpsforsikringer og dette utfordrer prinsippet om advokaters uavhengighet slik det er praktisert i Norge.

HELP Forsikring AS (“HELP”) er p.t. eneste tilbyder av slik forsikring i Norge. HELP er organisert som et aksjeselskap med eksterne eiere. Det er usikkert i hvilken grad dette er i overensstemmelse med bl.a. reglene om organisering av advokatvirksomhet, jfr. Dl. §§231-233.¹¹⁰ Spørsmål om eierskap og organisering av advokatvirksomhet faller utenfor denne avhandlingen, men det er ingen nødvendig sammenheng mellom organiseringen av HELP og forretningsmodellen med rettshjelps-forsikring. Rettshjelpsforsikring kunne i prinsippet blitt solgt av firmaer med

¹⁰⁸ (Sogn, 2005, p. 192)

¹⁰⁹ (Eckhoff, 1990, p. 51)

¹¹⁰ (Lovavdelingen, 2013): *Det ser ut som saken er stilt i bero inntil Advokatlovutvalgets fremleggelse.*

selveiende advokater. I det følgende vil jeg konsentrere meg om spørsmålet om hvordan selve produktet påvirker incentivene til advokatene som står for den juridiske bistanden.

2.4.2.1. Om hvordan rettshjelpsforsikring påvirker uavhengigheten

Disiplinærutvalget for Oslo Krets behandlet i OSL-019-2013 en klage hvor en advokat i HELP ble klaget inn med påstand om å ha unnlatt å forfølge et krav i strid med klientens vilje. Advokaten hadde avslått å fremme et erstatningskrav mot selger av en fast eiendom med mangler. Nemnden uttalte at det er en:

”... nærliggende fare for at selskapets interesse i å minimere kostnadene påvirker den enkelte advokats valg ...”

Virksomhetens inntjening og marginer avhenger av hvor mye bistand som ytes fordi ”salæret”, det vil si forsikringssummen, allerede er ytt. Dette gir virksomheten en interesse i å minimere bistanden til kundene/klientene. Dette forhold plasserer advokatene i en virksomhet som HELP i en interessekonflikt mellom arbeidsgiverens interesser, og interessene til klienten som de skal forsvare.

I et advokatfirma ville salg av rettshjelpsforsikring plassere advokatene i en interessekonflikt mellom hensynet til klienten og egeninteressen. I hvert fall for partnere, altså de advokater som deler eventuelt overskudd, ville interessekonflikten mellom klientinteressene og egeninteressene settes på spissen ved rettshjelpsforsikring fordi forholdet mellom nedlagt arbeid i en konkret klient og klientens ytelse vil kunne være ekstremt skjevt.

Det er mulig å reise spørsmål om advokaten mottar et ”rimelig” salær i forholdet til de av sine kunder som *ikke* får rettshjelp i løpet av en

forsikringstermin jfr. RGA §3.3.1. Samtlige kunder betaler på sett og vis for rettshjelp, men et flertall vil ikke motta noe som helst. Standarden "*rimelig*" salær er fleksibel, og rettshjelpsforsikring vil neppe strande på denne regelen, men spørsmålet viser hvordan endringene advokatbransjen går gjennom legger press på eksisterende regelverk.

2.4.2.2. Om hvordan HELP takler utfordringene med forretningsmodellen

Hadde HELP vært forpliktet til å forfølge ethvert krav for forsikringstakeren, hadde interessekonfliktproblemet vært mindre. HELP forbeholder seg imidlertid retten til å avslå å forfølge krav dersom de ikke anser kravet prosedabelt. Det er særlig i denne vurderingen at de ansatte advokatene fremstår å være i en interessekonflikt.

Nemnden pekte i den ovennevnte avgjørelsen på vanskelighetene med å bevise at advokaten ble påvirket i den konkrete beslutningen om å ikke forfølge et krav. I stedet fant nemnden at *organiseringen*, som danner grunnlaget for at interessekonflikten oppstår, var i strid med regelverket. Denne muligheten ville nemnden ikke hatt om advokaten var ansatt i et advokatfirma, og er for så vidt et illustrerende poeng for vanskelighetene med å håndtere og avgjøre om en advokat befinner seg i en interessekonflikt i et konkret tilfelle.

HELP har gjennom ulike ordninger forsøkt å nøytralisere kritikernes protester. Kundene har for eksempel anledning til å klage til en av HELP administrert nemnd, og kan velge en ekstern advokat dersom HELP nekter å forfølge kravet – dekket av HELP dersom kravet vinner frem.¹¹¹

¹¹¹ (Nettavisen NA24, 2013a; 2013b)

2.4.2.3. Valget mellom rettshjelpsforsikring eller resultatbetingede salærberegningsmodeller

Fremveksten av rettshjelpsforsikring som en alternativ måte for deler av befolkningen å finansiere sine rettshjelpsbehov på kan sees på bakgrunn av holdningen til resultatbetingede salærberegningsmodeller. Med mindre man åpner for bruk av salærberegningsmodeller hvor advokaten bærer deler av risikoen ved saksanlegg, vil det være marked for alternative måter å finansiere rettshjelpsbehov på.

Både resultatbetingede salærberegningsmodeller og rettshjelpsforsikring har sine betenkeligheter i lys av målsetningen om advokaters uavhengighet. Uavhengighetsprinsippet må imidlertid avveies mot det å sikre flertallet av borgerne praktisk tilgang til rettssystemet.

Det er ikke nødvendigvis slik at den riktige balanseringen av uavhengighetsprinsippet er å finne i eierskapsbegrensninger og forbud mot prosent- eller andelsbaserte salær og motvilje mot andre former for resultatbetingede salærberegningsmodeller.

3 KONKLUSJON

Gjennomgangen av salærberegningsmodellene viser at samtlige måter å honorere advokaten på, påvirker uavhengigheten – definert som uavhengighet fra mulighet til å forfølge egne økonomiske interesser i rollen som juridisk rådgiver og representant. Dette faktum er en konsekvens av den grunnleggende interessekollisjonen mellom advokat og klient.¹¹²

Advokaters uavhengighet handler om å sikre kvaliteten på tjenester og advokatens integritet. Det er ingen salærberegningsmodeller som er inkompatible med disse hensynene. Det er ingen holdepunkter for at noen modeller er utpreget og avgjort *bedre* enn andre, i relasjon til advokaters uavhengighet.

Muligheten, og utfordringen, ligger i å utnytte fordelene ved ulike salærberegningsmodeller. Frihet til å velge salærberegningsmåte er positivt fordi det gir partene mulighet til selv å definere og håndtere sine behov.¹¹³ Advokatrollen har blitt mer diversifisert de senere år, og det gjør det betimelig å spørre om rammene satt for advokatvirksomhet fra fortiden er de rette for fremtiden.

“More and more it is recognized that a lawyer should not be regarded as the auxiliaire de la justice once so nobly portrayed ... [and these] tendencies denote a shift in thinking about how independence should nowadays still govern the conduct of a lawyer.”¹¹⁴

I lys av advokatlovutvalgets arbeid kunne man spørre i hvilken grad en eventuell lov er aktuell basis for regulering av salærberegning. En lovfesting

¹¹² (De Backere & De Lathauwer, 2012, pp. 120-125)

¹¹³ (NOU 2002:18 s.27)

¹¹⁴ (De Backere & De Lathauwer, 2012, p. 125)

av regler og prinsipper for salærberegning er trolig lite sannsynlig, både av hensyn til hensynet til advokatens uavhengighet fra statlig makt, men også fordi lovfesting, og domstolsprøving, er en lite egnet måte å regulere regler for salærberegning.

Det er bedre at advokatbransjen og myndighetene i forbindelse med advokatlovutvalgets arbeid, følger opp forespørslene fra de offentlige utvalgene fra årtusen-skiftet, (herunder NOU 2002:18 og NOU 2001:32 A), foruten Advokatforeningens eget etikkutvalg, i å gi signaler om større aksept for resultatbetingede salærberegningsmodeller. I den grad de etiske reglene skal revideres bør følgende være rettesnor:

“A code [of professional ethics] should advise and also seek to control any avoidable, unacceptable or unreasonable conflicts of interest between lawyers and their clients. It should also indicate the limitations on what clients can expect from their lawyers. [...] A code should be realistic and not promise what cannot be delivered.”¹¹⁵

Det etiske regelverket kan bli mer konkret og nøkternt. Dette vil formodentlig heve relevansen og respekten for regelverket når det gjelder spørsmål knyttet til advokater og salærberegning.¹¹⁶

¹¹⁵ (Boon & Levin, 2008, p. 199)

¹¹⁶(Sampford & Parker, 1995, p. 72): “As the needs and expectations of clients change, traditional responses to ethical dilemmas may no longer be adequate.”

Litteraturliste

LITTERATUR:

Aarseth, Helge, (2006), "Advokaters uavhengighet" i Wilhelm Omsted & Sigurd Knudtzon (Red.), *Å være advokat* (s. 456). [Oslo]: Juristenes utdanningscenter.

Almaas, Knut (2014). Disiplinærnemndens årsberetning 2013: Advokatforeningen.

Austdal, Jan Rino, & Smith, Merete, (2012). *Advokathåndboken 2012/13*. Oslo: Advokatforeningen.

Benn, Stanley. I. (1988). *A theory of freedom*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bogdan, Micheal (2003). *Komparativ rättskunskap* (2. uppl. ed.). Stockholm: Norstedts juridik.

Boon, Andrew, & Levin, Jennifer (2008). *The ethics and conduct of lawyers in England and Wales* (2nd ed.). Oxford: Hart.

Bryde Andersen, Mads (2005). *Advokatretten*. København: [Mads Bryde Andersen].

Dana, James D., & Spier, Kathryn E. (1993). Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 9 (2), 349-367.

De Backere, Christophe, & De Lathauwer, Nino (2012). Contingency Fees: Beyond the intuitive threat. *Jura Falconis*, 49(1), 26.

Dershowitz, Alan M. (2001). *Letters to a young lawyer*. New York: Basic Books.

- Eckhoff**, Torstein (1990). "Trenger vi en fri og uavhengig advokatstand?" i Helge Jakob Kolrud (Red.), *Advokatvirksomhet og advokatuavhengighet* (s. 96). [Oslo]: Eget forlag.
- The Economist**. (2014, Jan. 18 2014). Charging more, getting less. *The Economist*.
- Emons**, Winand (2007). Conditional Versus Contingent Fees. *Oxford Economic Papers*, 59(1), 12.
- Espeli**, Harald, Rinde, Harald, & Næss, Hans Eyvind (2008). *Våpendrager og veiviser : advokatenes historie i Norge*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Føllesdal**, Andreas (2007). *Å fremme rett og hindre urett : juristetikkens begrunnelse og grenser*. Oslo: A. Føllesdal.
- Halvorsen**, Harald (1984). *Advokatvirksomhet : betingelser og krav*. Oslo: Den norske advokatforening.
- Halvorsen**, Harald (2006). "Om advokatstandens tilblivelse og utvikling i Norge" i Wilhelm Omsted & Sigurd Knudtzon (Red.), *Å være advokat* (s. 456). [Oslo]: Juristenes utdanningssenter.
- Halvorsen**, Harald, & Den Norske advokatforening. (1983). *Advokaten : rettens og samfunnets tjener : Den norske advokatforening 1908-1983*. Oslo: Den norske advokatforening.
- Hollander**, Charles, & Simon Salzedo, (2008). *Conflicts of interest* (3rd ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Kolrud**, Helge Jakob, (1990). Advokatøkonomi og advokatuavhengighet. In Helge Jakob Kolrud (Red.), *Advokatvirksomhet og advokatuavhengighet* (s. 96) [Oslo]: Eget forlag.

Krefting, Karl Erik, (2006). "Rollen som forretningsadvokat" i Wilhelm Omsted & Sigurd Knudtzon (Red.), *Å være advokat* (s. 456). [Oslo]: Juristenes utdanningscenter.

Lerø, Magne, (2013). Anstendige advokathonorarer. *Ukeavisen Ledelse*. Retrieved from: <http://www.ukeavisenledelse.no/redaktorens-mening/anstendige-advokathonorarer>

Lovavdelingen. (2013). "Domstolloven §§ 218 og 233" Retrieved from: http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/agenda/tolkningsuttalelser/pr...218-og-233---rekkevidden-av-domstollove.html?regj_oss=1&id=746064.

Lubasch, Arnold H. (1991, March 5). "Jury Finds Law Firm Ran Racket" *New York Times*. Retrieved from <http://www.nytimes.com/1991/03/05/nyregion/jury-finds-law-firm-ran-racket.html>

Moljord, Kåre I. (2011). "Om domstolene, regler for god advokatskikk og prøving av advokatsalær", *Tidsskrift for forretningsjus*, 17 (1), 15 sider.

Norman, Wayne, & Chris MacDonald (2010). "Conflict of Interest" i George G. Brenkert & Tom L. Beauchamp (Red), *The Oxford handbook of business ethics* (s. 30): Oxford University Press.

Reforming Civil Litigation Funding and Costs in England and Wales – Implementation of Lord Justice Jackson's Recommendations - The Government Response. (2011).

Ringdal, Frode (1994). *Etiske regler : salærpolicy*. Oslo, Den norske advokatforeningen.

Rui, Jon Petter, & Jusshjelpa i Nord-Norge. (2009). *Retts hjelp fra kyst til vidde : festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*. Oslo: Gyldendal akademisk.

Ryssdal, Anders Christian Stray (1995). *An economic analysis of civil suits and appeals*. Oslo Stockholm Copenhagen: Juridisk forlag AS.

- Sampford**, Charles, & Stephen Parker, (1995). *Legal ethics and legal practice : contemporary issues*. Oxford: Clarendon Press.
- Sogn**, Petter Christian, (2005). Etikk i advokatfabrikk - Endringer i advokatbransjen; nye etiske grensedragninger i "Arne Fanebust (Red.), *Juss og etikk* (s. 203). Oslo: Universitetsforl.
- Solberg**, Stig Martin, (2013a). "Du betaler, de gjør minst mulig" NA24. Retrieved from <http://www.na24.no/article3560710.ece>
- Solberg**, Stig Martin, (2013b). "Unødvendig og overpriset" NA24. Retrieved from <http://www.na24.no/article3557087.ece>
- Sunde**, Jørn Øyrehagen (2005). *Speculum legale : rettsspegelen : ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv*. Bergen: Fagbokforl.
- Vogenauer**, Stefan, Magdalena Tulibacka, & Christopher Hodges, (2010). *The costs and funding of civil litigation a comparative perspective*. Oxford Portland, Or.: Hart Pub.
- Wilhelmsen**, Jan-Fredrik, & Geir Woxholth, (2003). *Juristetikk*. Oslo: Gyldendal.
- Wilkinson**, Micheal, & Micheal Sandor, (2008). *The Professional Conduct of Lawyers In Hong Kong* (Student ed.). Hong Kong: LexisNexis.

FORARBEIDER:

NOU 2002:18	"Rett til rett"
NOU 2001:32 Bind A	"Rett på sak"
NOU 1997:21	"Offentlige anskaffelser"
Stortingsmelding nr. 26 (2008-2009)	"Om offentlig rettshjelp"

AVGJØRELSE, DISIPLINÆRNEMNDEN FOR ADVOKATER:

ADA-1999-D1
ADA-2001-D3
ADA-2006-61
ADA-2007-D3
ADA-2007-D145
ADA-2011-D136
ADA-2012-D112

ANNET:

Advokatforeningens etikkutvalgs uttalelse av 10. april 2003, tilgjengelig fra:

<http://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/uttalelser-fra-etikkutvalget/13-no-cure-no-pay/>

